



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/162249>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.



KIND EN OUDERS IN DE 21^{STE} EEUW

RAPPORT VAN DE
STAATSCOMMISSIE
HERIJKING OUDERSCHAP



KIND EN OUDERS IN DE 21^{STE} EEUW

Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap

COLOFON

Dit is een uitgave van de
Staatscommissie Herijking
ouderschap

Wet- en regelgeving, literatuur
en jurisprudentie zijn
verwerkt tot 27 juni 2016.
Met nadien gepubliceerde
wet- en regelgeving, literatuur
en jurisprudentie heeft
de Staatscommissie geen
rekening meer kunnen houden.

Druk
Xerox/OBT, Den Haag

Vormgeving & Lay out
Balyon, Katwijk

ISBN 978-90-821527-6-0

WOORD VOORAF

De opdracht aan de Staatscommissie Herijking Ouderschap was de regering adviseren over de wenselijkheid van een wijziging van de bestaande regelingen over het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap en meeroudergezag en voor draagmoederschap. Het opstellen van conceptteksten voor nieuwe wetgeving behoorde eveneens tot de taak van de commissie. Het resultaat van ons werk ligt voor u.

Bij deze belangrijke, actuele en complexe onderwerpen passen zorgvuldigheid en diepgang. Dat kost tijd, zelfs iets meer dan aanvankelijk voorzien. De relatie met een partner, kinderen, ouders en andere verwanten is voor de meeste mensen het belangrijkste en meest waardevolle in het leven. Het ontstaan van nieuw leven steeds weer uniek. Het vaak diep doorleefde verlangen naar kinderen zeer invoelbaar en te respecteren. Het grote belang van kinderen bij onder meer een liefdevolle en goede opvoeding, de mogelijkheid van zelfontplooiing, kennis over hun ontstaansgeschiedenis en een menswaardig bestaan is nauwelijks te overschatten. Daarbij passen ook: rechtszekerheid vanaf de geboorte, bescherming tegen uitwassen en zeer zorgvuldige procedures met betrekking tot ouderschap, gezag en draagmoederschap, waarbij de belangen en de rechten van de kinderen die het betreft, de eerste overweging zijn. Steeds weer de vragen: Moet en mag alles wat kan? Wat is goed ouderschap? Waarin moet de overheid wel of niet treden?

Als er één aspect was dat in de beraadslagingen steeds weer de hoofdrol speelde en ons tijdens indringende discussies richting gaf, dan was het wel de centrale positie van de belangen en de rechten van het kind. Dit uitgangspunt verbond nagenoeg direct de uit zeer verschillende disciplines en beroepsgroepen afkomstige leden, en dat dan in combinatie met de belangrijke morele waarden van vrijheid, gelijkheid, gelijkwaardigheid en het morele uitgangspunt dat mensen vanzelfsprekend zoveel als mogelijk zelf hun eigen leven mogen bepalen, zolang zij de belangen en de rechten van kinderen en anderen niet schaden. Dit betekende uiteraard niet dat er telkens direct overeenstemming bestond over de antwoorden op de vele en indringende vragen die aan de Staatscommissie zijn voorgelegd. Er is veel, lang en diepgaand gediscussieerd, steeds gevoed door

de voorbereidende werkzaamheden van leden van de Staatscommissie en het excellente secretariaat.

Wij hebben veel gesprekken gevoerd met ervaringsdeskundigen, belangenbehartigers, onderzoekers uit binnen- en buitenland en mensen uit de juridische praktijk. Ook hebben wij de nodige onderzoeken laten uitvoeren, onder meer met jongeren. Wij voelden ons bij ons werk zeer aangemoedigd door het gegeven dat ook 'in de politiek' en bij de wetgever breed de opvatting leefde dat met betrekking tot deze onderwerpen het personen- en familierecht op fundamentele punten niet meer in overeenstemming is met de maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen. Toch denk ik dat wij het meest zijn geïnspireerd en overtuigd door de vaak zeer persoonlijke, integere en openhartige verhalen van de mensen en kinderen die het levende gezicht van die gewijzigde maatschappelijke opvattingen zijn.

Den Haag, december 2016

Aleid Wolfsen,

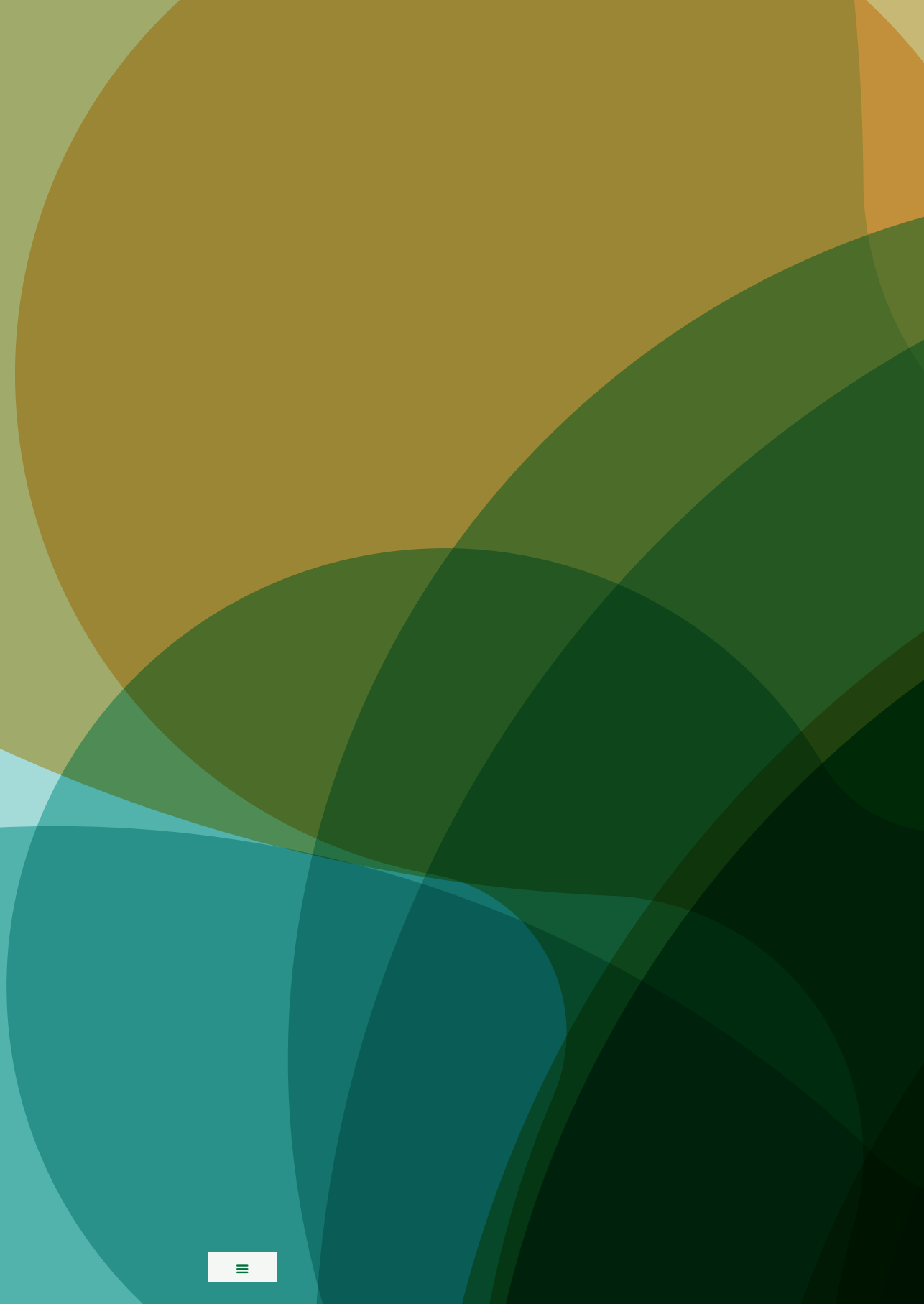
voorzitter

INHOUDSOPGAVE

	OVERZICHT VAN DE AANBEVELINGEN	9
1	BELANGEN EN RECHTEN VAN HET KIND	21
1.1	Inleiding	22
1.2	Het belang van het kind als een eerste overweging	25
1.3	Het belang van het kind en de rechten van kinderen in het afstammings- en gezagsrecht	30
1.4	Het belang van het kind in opvoedingsrelaties	41
2	UITGANGSPUNTEN VAN WETGEVING	49
2.1	Inleiding	50
2.2	De functie van wetgeving	50
2.3	De buitengrenzen, grondrechten	53
2.4	Eisen aan wetgeving – bestendigheid, terminologie en begrippen	58
2.5	Eisen aan wetgeving – uitvoerbaar en handhaafbaar	62
3	MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN	65
3.1	Inleiding	66
3.2	Nieuwe gezinsvormen: trends	67
3.3	Nieuwe gezinsvormen: dilemma's en wensen	88
4	MEDISCHE ONTWIKKELINGEN EN ETHISCHE VRAGEN	99
4.1	Inleiding	100
4.2	Medische ontwikkelingen en ethische vragen	102
4.3	Medische en ethische aspecten van draagmoederschap	118
4.4	Toekomstverwachtingen	132
4.5	Bevindingen	134
5	PEDAGOGISCHE GEZICHTSPUNTEN	141
5.1	Inleiding	142
5.2	Goed genoeg ouderschap	143
5.3	Is juridisch gezag een noodzakelijke voorwaarde voor goed ouderschap?	146
5.4	Welke gezinsvormen maken goed ouderschap mogelijk?	146
5.5	Meerdere ouders en reserve-opvoeders?	148

6	JURIDISCH OUDERSCHAP	155
6.1	Inleiding	156
6.2	Nederlands recht	160
6.3	Lijnen en visie wetgever door de tijd heen	172
6.4	Meerouderschap in andere landen, een blik over de grens	187
6.5	Bevindingen	191
7	GEZAG	211
7.1	Inleiding	212
7.2	Nederlands recht	212
7.3	Lijnen en visie wetgever door de tijd heen	229
7.4	Meeroudergezag in andere landen, een blik over de grens	239
7.5	Bevindingen	243
8	DRAAGMOEDERSCHAP BINNEN NEDERLAND	257
8.1	Inleiding	258
8.2	Grondrechten en draagmoederschap	258
8.3	Toegang tot IVF-draagmoederschap in Nederland	264
8.4	Juridisch ouderschap - van de draagmoeder naar de wensouders	268
8.5	Draagmoederschap en strafrecht	276
8.6	Lijnen en visie wetgever door de tijd heen	281
8.7	Draagmoederschap in andere landen, een blik over de grens	284
8.8	Bevindingen	290
9	OPVOEDERS, VERZORGERS EN OUDERS ZONDER GEZAG	301
9.1	Inleiding	302
9.2	Geldend recht	302
9.3	Bevindingen	321
10	OUDERSCHAP, GEZAG EN DRAAGMOEDERSCHAP IN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHTELIJK PERSPECTIEF	329
10.1	Inleiding	330
10.2	Bronnen van het internationaal privaatrecht	332
10.3	Ouderschap in het internationaal privaatrecht	335
10.4	Gezag in het Nederlandse internationaal privaatrecht	342
10.5	Draagmoederschap in het Nederlandse internationaal privaatrecht	358
10.6	Bevindingen	365

11	VISIE EN ADVIES STAATSCOMMISSIE	371
11.1	Algemeen	372
11.2	Visie op juridisch ouderschap	397
11.3	Visie op gezag	439
11.4	Visie op draagmoederschap	456
11.5	Ten slotte	484
I	WETTEKSTEN	491
II	BEGRIPPEN	559
III	PERSONEN DIE ZIJN GESPROKEN	567
IV	UITGEVOERDE ONDERZOEKEN	575
V	GERAADPLEEGDE LITERATUUR	579
VI	REGELING INSTELLING STAATSCOMMISSIE HERIJKING OUDERSCHAP	605
VII	SAMENSTELLING STAATSCOMMISSIE HERIJKING OUDERSCHAP	611
VIII	AANVULLEND VERZOEK AAN DE STAATSCOMMISSIE	615
IX	NOTITIE ONTSTAAN JURIDISCH OUDERSCHAP EN GEZAMENLIJK OUDERLIJK GEZAG OVER BUITEN HUWELIJK/GEREGISTREERD PARTNERSCHAP GEBOREN KINDEREN	621



OVERZICHT VAN DE AANBEVELINGEN

ALGEMEEN

1. Stel de zeven kernen van goed ouderschap centraal in het afstammings- en gezagsrecht. Waarborgen voor een adequate invulling van deze zeven kernen moeten in iedere regeling van afstamming en gezag aanwezig zijn.
2. Met het oog op de belangen en rechten van kinderen behoren voorgenomen wijzigingen in wetgeving of beleid te worden getoetst aan de hand van een kind- en jongereneffectrapportage, ingebed in het Integraal Afwegingskader Beleid en Regelgeving.
3. Laat de genetische afstamming tussen ouder en kind en de intentie tot ouderschap een gelijkwaardige grondslag vormen om een persoon verantwoordelijk te houden voor een kind.
4. Vervang de term afstammingsrecht door verwantschapsrecht, de term bloedverwantschap door verwantschap en de term afstammingsinformatie door informatie over de ontstaansgeschiedenis.
5. Leg het recht op afstammingsinformatie in de artikelen 7 en 8 IVRK en in artikel 8 EVRM extensief uit tot een recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis.
6. Leg het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis vast als onderdeel van de plichten en rechten van degenen die het gezag over een kind uitoefenen.
7. Leg een register ontstaansgeschiedenis (ROG) aan waarin, naast de thans reeds geregistreerde donorgegevens, ook andere informatie over de ontstaansgeschiedenis al dan niet verplicht kan worden opgeslagen. Het ROG, en niet de gegevens op de geboorteakte, vormt de waarborg voor de beschikbaarheid van deze gegevens voor kinderen. Geef de mogelijkheid om registratie te staven met bewijs en de mogelijkheid tot verbetering van gegevens.
8. Schaf de minimale leeftijdsgrens voor de toegang tot het ROG af: een kind dat op zoek is naar informatie over de eigen ontstaansgeschiedenis en in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, moet toegang tot al die informatie kunnen krijgen. Wel is het van belang dat een kind voldoende sociale en psychologische begeleiding ontvangt.
9. Bevorder actief de registratie van informatie in het ROG en geef voorlichting over het belang van openheid over de ontstaansgeschiedenis, niet alleen via medici en verloskundigen, maar ook via de ambtenaar van de burgerlijke stand.

10. Bij nieuwe medische of maatschappelijke ontwikkelingen zal de mogelijke schadelijkheid voor het welzijn van het kind telkens zo snel mogelijk in kaart moeten worden gebracht. Hiervoor dient onderzoekscapaciteit beschikbaar te worden gesteld.
11. Snelle medische ontwikkelingen vragen om een actieve wetgever, die de verantwoordelijkheid van artsen verlicht door normen te stellen.
12. Reeds voorafgaand aan de invoering van nieuwe wetgeving dient te worden nagedacht over de evaluatie van die wetgeving, om zo de effecten snel en betrouwbaar in beeld te brengen. Waar zich duidelijke negatieve effecten voordoen, kan zo ook bijtijds worden bijgestuurd.
13. Zorg dat het afstammings- en gezagsrecht voldoende flexibiliteit heeft om maatwerk te bieden voor de bestaande diversiteit, terwijl het welzijn van het kind centraal blijft staan.
14. De Staatscommissie is van oordeel dat kinderen vanaf acht jaar in de gelegenheid moeten worden gesteld om te worden gehoord in procedures rond afstamming en gezag. De Staatscommissie adviseert om het hoorrecht van kinderen te betrekken in een bredere bezinning op de positie van minderjarigen in het Nederlandse procesrecht.
15. De huidige informele rechtsingang voor contact/omgang, zorgregeling en gezag na scheiding voor de minderjarige vanaf twaalf jaar (of jonger indien hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen) uitbreiden tot alle gezagskwesties.
16. De mogelijkheid c.q. wenselijkheid van een formele rechtsingang van kinderen nader bezien.
17. Nieuwe afstammings- en gezagsvormen dienen zodanig te worden vormgegeven dat de erkenningskansen in het buitenland worden gemaximaliseerd.
18. De overheid dient voorlichting te geven over het belang van de erkenning in het buitenland voor ouders, opvoeders en verzorgers met een band met of woonplaats in het buitenland.
19. De overheid dient zich in te spannen om de acceptatie van nieuwe afstammings- en gezagsvormen in het buitenland op de internationale agenda te plaatsen.

JURIDISCH OUDERSCHAP

20. Schrappen van het vereiste dat in geval van geboorte binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen een onbekendheidsverklaring wordt overgelegd om het ouderschap van de duomoeder van rechtswege te laten ontstaan.
21. Mogelijk maken dat alsnog een adoptie kan worden uitgesproken als het ouderschap van de duomoeder reeds van rechtswege is ontstaan, mits het adoptieverzoek vóór de geboorte is ingediend.
22. De term ‘erkenning’ (van het ouderschap) vervangen door ‘aanvaarding van het ouderschap’.
23. Meer dan de helft van de eerstgeborenen wordt buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren. De overheid dient te bevorderen dat de betrokkenen in die gevallen vroegtijdige voorlichting ontvangen over de regels omtrent het ontstaan van juridisch ouderschap en gezag. Die voorlichting moet niet alleen via de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar ook via verloskundigen en eventueel betrokken medici plaatsvinden.
24. De leeftijdsgrens voor de erkenning van een kind (in de nieuwe terminologie: aanvaarding van het ouderschap) wordt opgetrokken tot de meerderjarigheid van de persoon die het ouderschap wil aanvaarden.
25. De mogelijkheid van meerderjarigverklaring voor de zwangere meisjes of moeders van ten minste zestien jaar ook openstellen voor (aanstaande) vaders.
26. In de wet bepalen dat de geboortemoeder pas nadat zij de meerderjarigheid heeft bereikt, toestemming kan geven voor aanvaarding van het ouderschap over haar kind. Zolang de geboortemoeder nog niet meerderjarig is, kan aanvaarding van het ouderschap alleen met behulp van door de rechter verleende vervangende toestemming worden geregeld.
27. De leeftijd van het kind dat zelf toestemming moet geven voor aanvaarding van het ouderschap, verlagen van twaalf naar acht jaar.
28. De criteria voor het verlenen van vervangende toestemming voor aanvaarding van het ouderschap deels aanpassen:
 - de huidige voorkeurspositie handhaven voor de verwekker die het ouderschap wil aanvaarden en die een duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad;

- als de instemmende levensgezel de genetische ouder is, heeft hij dezelfde voorkeurspositie als de verwekker;
 - het huidige criterium dat geldt voor de instemmende levensgezel, handhaven;
 - het huidige criterium dat geldt voor de verwekker die geen duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad, aanpassen: vervangende toestemming wordt alleen verleend als de rechter oordeelt dat aanvaarding van het ouderschap in het belang van het kind is.
29. Een belangenafweging invoeren voor gerechtelijke vaststelling van het ouderschap:
- het ouderschap van de verwekker die een duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad, kan gerechtelijk worden vastgesteld, tenzij de rechter de gerechtelijke vaststelling niet in het belang van het kind acht;
 - het ouderschap van de verwekker die geen duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad, kan gerechtelijk worden vastgesteld, tenzij het kind van die persoon in de hoedanigheid van ouder niets heeft te verwachten;
 - het ouderschap van de instemmende levensgezel kan alleen gerechtelijk worden vastgesteld als de rechter verwacht dat het kind van die persoon in de hoedanigheid van ouder iets heeft te verwachten.
30. Mogelijk maken dat het ouderschap van een donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, gerechtelijk wordt vastgesteld.
31. Een algemene regeling inrichten voor het tenietgaan van juridisch ouderschap, waarin ontkenning van het ouderschap, vernietiging van een erkenning (aanvaarding van het ouderschap), ongedaanmaking van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en herroeping van een adoptie op elkaar worden afgestemd.
32. De termijn voor ontkenning van het ouderschap, vernietiging van een erkenning (aanvaarding van het ouderschap) en herroeping van een adoptie op verzoek van het kind schrappen.
33. Voor elk verzoek tot tenietgaan van juridisch ouderschap een door de rechter te verrichten belangenafweging invoeren, aansluitend bij de huidige regeling die geldt voor herroeping van een adoptie.
34. Een wettelijke voorziening creëren om ook een verzoek van een meerderjarig kind tot tenietgaan van het juridisch ouderschap van

een genetische ouder of geboortemoeder mogelijk te maken. In de situatie waarin het meerderjarige kind eigen afstammelingen heeft, dient voor hen een bijzondere curator te worden benoemd. De rechter weegt bij de beoordeling van het verzoek de belangen van alle betrokkenen tegen elkaar af.

35. Juridisch meerouderschap wettelijk faciliteren onder de volgende voorwaarden:
 - de aspirant-meerouders moeten het met elkaar eens zijn over het juridisch meerouderschap, de regeling is daarmee niet toegankelijk indien er geen gezamenlijke intentie bestaat over wie welke rol zal spelen in het leven van het kind;
 - de aspirant-meerouders moeten vóór de conceptie van het kind nadenken en afspraken maken over het juridisch meerouderschap;
 - de regeling is toegankelijk voor maximaal vier ouders, die maximaal twee huishoudens vormen;
 - de meerouderschapsregeling is toegankelijk voor de geboortemoeder, de genetische ouders en de levensgezellen van deze personen;
 - de aspirant-meerouders stellen een meerouderschapsovereenkomst op, die door de rechter wordt getoetst; voor eventuele volgende kinderen zijn een nieuwe overeenkomst en toetsing hiervan door de rechter noodzakelijk;
 - om de belangen van het toekomstig kind te verwoorden en te behartigen benoemt de rechter een bijzondere curator;
 - nadat de rechter de meerouderschapsovereenkomst heeft goedgekeurd en een zwangerschap is ontstaan, wenden de aspirant-meerouders zich tot de ambtenaar van de burgerlijke stand om akten van aanvaarding van het ouderschap op te stellen;
 - voor de geslachtsnaam van het kind aansluiten bij de huidige regeling betreffende de naamskeuze: de meerouders kiezen één van hun geslachtsnamen als geslachtsnaam voor het kind; eventuele volgende kinderen van dezelfde meerouders dragen dezelfde geslachtsnaam;
 - de juridische vormgeving van het meerouderschap (dus meerouderschapsovereenkomst, rechterlijke goedkeuring en akten van aanvaarding van het ouderschap) moet gereed zijn uiterlijk op het tijdstip van de geboorte van het kind; na dat tijdstip kan het juridisch meerouderschap alleen nog via de weg van de eenvou-

- dige adoptie met de daarbij behorende voorwaarden tot stand komen;
 - voor op het tijdstip van inwerkingtreding van de wetgeving reeds bestaande situaties dient een overgangsregeling te worden getroffen.
36. Naast de volle adoptie de eenvoudige adoptie mogelijk maken.
 37. De termijn voor herroeping van de adoptie op verzoek van de geadopteerde schrappen.
 38. Het verbod van adoptie door een grootouder van het kind schrappen.

GEZAG

39. Faciliteren dat de wens tot uitoefening van gezamenlijk gezag door juridische ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, vóór de geboorte van het kind kenbaar kan worden gemaakt, waarna het gezamenlijk ouderlijk gezag ontstaat op het tijdstip van de geboorte van het kind (evenals dit het geval is als de ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan).
40. In de wet vastleggen dat voor de registratie van gezamenlijk gezag de schriftelijke toestemming is vereist van het kind dat de leeftijd van acht jaar heeft bereikt.
41. Meeroudergezag/meerpersoonsgezag mogelijk maken:
 - in geval van juridisch meerouderschap komt het gezag over het kind ook in de meerouderschapsovereenkomst, die door de rechter moet worden goedgekeurd, aan de orde en ontstaat dit meeroudergezag vanaf de geboorte;
 - in andere gevallen kan meerpersoonsgezag op gezamenlijk verzoek van betrokkenen door de rechter worden vastgesteld, waarbij wordt aangesloten bij de voorwaarden die gelden voor juridisch meerouderschap.
42. Bij voorkeur wordt op het tijdstip van de inschrijving van een kind in de basisregistratie personen (BRP) aangetekend wie het gezag over hem uitoefent. Als mocht blijken dat de noodzakelijke aanpassing van de Wet basisregistratie personen op te veel technische problemen stuit, dient in elk geval een betere aansluiting tussen de in het

gezagsregister geregistreerde gegevens en de registratie daarvan in de BRP te worden bewerkstelligd.

43. Gedeeltelijke gezagsoverdracht aan pleegouders en stiefouders mogelijk maken.
44. Maak het ontstaan van meerpersoonsgezag ook mogelijk in na de geboorte ontstane situaties waarin meerdere volwassenen samen verantwoordelijk willen en kunnen zijn voor de verzorging en opvoeding van een kind, onder de voorwaarden die aan het ontstaan van meeroudergezag worden gesteld.
45. In de wettelijke regeling verduidelijken dat formele en informele stiefouders die een kind ten minste één jaar in hun gezin hebben verzorgd en opgevoed, een blokkaderecht hebben. Dit betekent dat het kind niet zonder toestemming van de stiefouder of vervangende toestemming van de rechter door een met gezag belaste ouder uit het gezin van de formele of informele stiefouder mag worden weggehaald.
46. Het criterium voor het beoordelen van het verzoek tot verlening van vervangende toestemming aanpassen, opdat een zodanige beslissing wordt gegeven als de rechter in het belang van het kind wenselijk oordeelt.
47. In de wet expliciteren dat onderdeel van de ouderlijke zorgplicht is om een vorm van contact tussen enerzijds kind en anderzijds donor of draagmoeder niet te frustreren.

DRAAGMOEDERSCHAP

48. Richt een wettelijke regeling voor draagmoederschap in.
49. De regeling moet waarborgen bieden voor de positie van zowel het kind als de draagmoeder en de wensouders.
50. Afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders moeten vóór de conceptie worden vastgelegd en ter goedkeuring aan de rechter worden voorgelegd. De rechter controleert daarbij of het draagmoederschapstraject niet in strijd is met het belang van het kind, of de draagmoeder goed is geïnformeerd en of zij uit vrije wil instemt met het traject.
51. Van de wensouders en de draagmoeder wordt verlangd dat zij zich laten voorlichten en counselen.

52. De draagmoederschapsregeling moet waarborgen dat de ontstaansgeschiedenis voor het kind op termijn is te achterhalen.
53. Uitgangspunt is dat zo mogelijk twee, maar ten minste één van de wensouders een genetische band met het kind hebben/heeft. Er moet voor uitzonderlijke gevallen, waarin zwaarwegende redenen bestaan voor het afzien van een genetische band tussen wensouders en kind, een mogelijkheid bestaan om dit uitgangspunt te verlaten.
54. De draagmoederschapsregeling is enkel toegankelijk indien ten minste één van de wensouders en de draagmoeder in Nederland wonen.
55. Geldelijk gewin mag niet de drijfveer voor de draagmoeder zijn, maar tegelijkertijd moet goed voor haar worden gezorgd. Naast een onkostenvergoeding behoort daarom een algemene vergoeding van maximaal € 500,- per maand mogelijk te zijn, mits de rechter deze vergoeding heeft goedgekeurd.
56. Als de rechter zijn goedkeuring heeft gehecht aan het draagmoederschapstraject en de inschrijving van de draagmoederschapsovereenkomst in het ROG (register voor informatie over de ontstaansgeschiedenis van het kind), kunnen, nadat een zwangerschap is ontstaan, akten van aanvaarding van het ouderschap van de wensouders worden opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dit heeft tot gevolg dat het kind van rechtswege vanaf het tijdstip van de geboorte in familierechtelijke betrekking tot de wensouders komt te staan.
57. Tot het tijdstip van de geboorte en gedurende zes weken daarna kan de draagmoeder een verzoek richten tot de rechter om de draagmoederschapsovereenkomst te ontbinden en de eventueel reeds opgemaakte akte(n) van aanvaarding van het ouderschap te doen doorhalen en aan haarzelf het juridisch ouderschap toe te kennen.
58. De wensouders hebben slechts zeer beperkte mogelijkheden om zich terug te trekken uit de draagmoederschapsovereenkomst, te weten in geval van bedrog of dwaling.
59. Internationaal draagmoederschap dat tot stand is gekomen na een rechterlijke toets en dat ook overigens voldoet aan de uitgangspunten van de Nederlandse regeling (waarborgen voor vrije instemming van de geboortemoeder, waarborgen voor achterhaalbaarheid van de ontstaansgeschiedenis voor het kind, ten minste één wensouder

is genetisch ouder), komt in aanmerking voor erkenning in Nederland.

60. In de wet moet duidelijk worden vastgelegd onder welke voorwaarden de erkenning van het in het buitenland ontstane juridische ouderschap na draagmoederschap in Nederland mogelijk is.
61. Het doen van een geboorteaangifte zonder dat de akte van aanvaarding van het ouderschap wordt overgelegd of hiervan anderszins melding wordt gemaakt, kan leiden tot het strafbare feit 'verduistering van staat'.
62. Het huidige bemiddelingsverbod zou moeten worden aangepast tot een stelsel waarbij ontheffing voor organisaties en personen zonder winstoogmerk mogelijk wordt. De openbaarmaking van de wens om draagmoeder te worden, dan wel om een draagmoeder te vinden, zou niet langer strafbaar moeten zijn.
63. Stel het kopen van kinderen afzonderlijk strafbaar, wellicht als universeel delict.
64. Stel het doen van betalingen aan de draagmoeder die de door de rechter goedgekeurde bedragen te boven gaan, strafbaar.
65. De overheid zou zich moeten beraden op de financiering van complexere IVF-behandelingen, waarbij ook de vraag in welke gevallen draagmoederschap binnen het basispakket moet worden gefinancierd, aan de orde dient te komen.

TEN SLOTTE

66. De beperking dat een verwekker geen onderhoudsverplichting heeft jegens een kind als dit reeds twee juridische ouders heeft, schrappen.
67. De algemene onderhoudsverplichting van kinderen jegens hun juridische ouders heroverwegen.
68. Advies inwinnen van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht voor de consequenties van de voorstellen voor het internationaal privaatrecht.



01 BELANGEN EN RECHTEN VAN HET KIND

1.1 INLEIDING

De Staatscommissie benadert de aan haar voorgelegde vragen vanuit de belangen en de rechten van het kind. Alle vraagstukken waarover zij adviseert, zijn immers van grote betekenis voor kinderen. De belangen van het kind draaien in de kern om het welzijn van kinderen en om een gezonde, volledige en harmonieuze ontwikkeling van kinderen naar zelfstandige en sociaal verantwoordelijke individuen. Dit veronderstelt onder meer dat het kind belang heeft bij respect voor zijn menselijke waardigheid en een met zijn ontwikkeling toenemende autonomie.¹ Dit heeft verschillende implicaties voor de verhouding tussen kinderen en hun ouders en anderen die zijn betrokken bij hun ontstaan en hun verzorging en opvoeding. De concrete invulling van de belangen van het kind is tot op zekere hoogte afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De rechten van kinderen richten zich op de verwezenlijking van de belangen van het kind, waarbij als uitgangspunt geldt dat ieder kind wordt bejegend met respect voor zijn mensenrechten en fundamentele vrijheden.² De rechten van het kind geven daarmee ook invulling aan de belangen van het kind.³ De belangen en rechten van het kind hebben in de loop van de vorige eeuw een steeds prominentere plaats gekregen in het Nederlandse personen-, familie- en jeugdrecht, internationale (mensenrechten)verdragen en het recht van de Europese Unie.

De Staatscommissie hecht – uiteraard – ook waarde aan de belangen en rechten van andere betrokkenen, zoals (wens-, pleeg- en stief)ouders, draagmoeders, donoren en familieleden.⁴ In overeenstemming met deze internationale verdragen, waarin de belangen en rechten van het kind zijn geborgd, en gelet op het instellingsbesluit van de Staatscommissie (zie Bijlage VI), wordt echter bijzonder belang gehecht aan de (rechts) positie van kinderen. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de betekenis van de relevante belangen en rechten van kinderen.

Dat bij alle maatregelen die het kind betreffen, het belang van het kind een eerste overweging dient te zijn, vormt al langer een belangrijk be-

1 Eekelaar 1994.

2 Freeman 2007, p. 21-23, Tobin 2013.

3 Alston & Gilmour-Walsh 1996.

4 Zie hierover verder ook Hoofdstuk 2, Uitgangspunten van wetgeving, waarin wordt ingegaan op de rol van internationale verdragen in dat verband.

ginsel binnen het Nederlandse personen-, familie- en jeugdrecht.⁵ Op internationaal niveau wordt het belang van het kind reeds sinds 1959 beschouwd als een fundamenteel uitgangspunt.⁶ Het beginsel heeft wel een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. Aanvankelijk stond het belang van het kind in het teken van de bescherming van kinderen vanwege hun kwetsbaarheid en afhankelijkheid. Het belang van bescherming van kinderen is ook steeds het uitgangspunt geweest van het personen- en familierecht, alsmede van internationale mensenrechten.⁷ Pas later, in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw, kwam er naast aandacht voor de belangen van het kind ook aandacht voor de rechten van het kind. Dit sloot aan bij de erkenning dat kinderen niet uitsluitend als afhankelijk en kwetsbaar moeten worden beschouwd, maar ook als mensen met eigen rechten die zij in overeenstemming met hun ontwikkeling zelfstandig moeten kunnen uitoefenen.⁸ Er kwam meer aandacht voor de eisen waaraan besluitvorming die kinderen raakt, moest voldoen, maar ook voor de vraag in hoeverre kinderen invloed moeten kunnen uitoefenen op de invulling en beoordeling van het belang van het kind. Het verbod op discriminatie tussen kinderen die zijn geboren binnen en buiten huwelijk, paste eveneens in deze ontwikkeling.⁹ Gesteund door deze ontwikkeling¹⁰ werden tegen het einde van jaren zeventig van de vorige eeuw de eerste stappen gezet in de richting van een mensenrechtenverdrag voor kinderen, het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK),¹¹ waarin uiteindelijk zowel het principe van het belang van het kind als de rechten van het kind een plek hebben gekregen.

Het IVRK, aanvaard door de Algemene Vergadering van de VN in 1989 en in werking getreden in 1990, erkent het kind als drager van rechten.¹² Het

5 Bijvoorbeeld in de voorloper van de regeling van adoptie in het huidige artikel 1:227 BW, het per 1 november 1956 in werking getreden artikel 344j lid 2 BW, was bepaald dat het adoptieverzoek alleen kan worden toegewezen, indien de adoptie zowel uit het oogpunt van verbreking van de banden met de ouders als uit dat van bevestiging van de banden met de adoptanten, in het kennelijk belang van het kind is.

6 Zie de Verklaring voor de Rechten van het Kind van 1959, Principles 2 & 7, UN Document a/res/1386 (xiv).

7 Zie bijvoorbeeld artikel 24 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

8 Zie bijvoorbeeld Commissie Wiarda 1971, p. 58.

9 EHRM 13 juni 1979, 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*). Zie ook de voorstellen van de Commissie Wiarda.

10 Van Bueren 1995, p. 13-14.

11 Trb. 1990, 170.

12 Het verdrag is op 8 maart 1995 voor Nederland in werking getreden. Inmiddels is het verdrag door nagenoeg alle landen ter wereld omarmd, alleen de Verenigde Staten hebben dit nog niet gedaan.

heeft daarmee een belangrijke omslag in het denken tot gevolg gehad: van het kwetsbare kind als object van zorg en speciale bescherming waarover wordt beslist door volwassenen, naar het kind als rechtssubject aan wie rechten toekomen; het kind dat deze rechten afhankelijk van diens leeftijd en rijpheid (lees: ontwikkelingsfase) ook zelf moet kunnen uitoefenen en dat het recht heeft te worden betrokken bij besluitvorming die het kind raakt. Met het IVRK is ook het belang van het kind een onlosmakelijk onderdeel geworden van de erkenning van de rechten van kinderen; zie artikel 3 lid 1 IVRK. De Staatscommissie beziet het belang van het kind dan ook in samenhang met de rechten van het kind, zoals neergelegd in onder meer het IVRK. Als gezegd vindt de Staatscommissie niet alleen steun voor dit uitgangspunt in het IVRK, ofschoon dit verdrag wel kan worden beschouwd als de *'unavoidable contemporary context for thinking about the status of children'*¹³ en bovendien als een juridisch bindend kader voor Nederland.¹⁴ De belangen en rechten van het kind hebben in de loop van de jaren steeds meer en steeds prominenter hun weg gevonden naar Europese en Nederlandse wet- en regelgeving en rechtspraak en deze ontwikkeling zal zich naar verwachting de komende tijd voortzetten.

In dit hoofdstuk wordt eerst in algemene zin ingegaan op de betekenis van 'het belang van het kind'. Daarna wordt uitgesplitst welke rechten van het kind van betekenis zijn voor de adviezen van de Staatscommissie. Het IVRK en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en van de Hoge Raad (HR) gelden hierbij als uitgangspunt. Ten slotte wordt ingegaan op de vraag welke belangen van het kind zijn te onderscheiden in de opvoedingssituatie, waarbij de Staatscommissie zich baseert op wetenschappelijke inzichten vanuit de ontwikkelingspsychologie en pedagogiek.

13 Archard 2004, p. 218.

14 Zie in dit verband ook artikel 4 IVRK, dat bepaalt:

'De Staten die partij zijn, nemen alle passende wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen om de in dit Verdrag erkende rechten te verwezenlijken. Ten aanzien van economische, sociale en culturele rechten nemen de Staten die Partij zijn deze maatregelen in de ruimste mate waarin de hun ter beschikking staande middelen dit toelaten en, indien nodig, in het kader van internationale samenwerking'.

1.2 HET BELANG VAN HET KIND ALS EEN EERSTE OVERWEGING

Het beginsel dat het belang van het kind een eerste overweging dient te vormen bij alle maatregelen die kinderen betreffen (hierna: het belang van het kind), is neergelegd in artikel 3 lid 1 IVRK.¹⁵ Het EHRM heeft het beginsel geïncorporeerd in zijn rechtspraak betreffende artikel 8 EVRM, dat het recht op bescherming van privéleven en familie- en gezinsleven beoogt te beschermen. Het belang van het kind is ook opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Hv-EU).¹⁶ Het belang van het kind kent een materiële en een procedurele kant.¹⁷

De materiële betekenis van het belang van het kind kan in haar algemeenheid niet worden gegeven en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De beoordeling van wat in het belang van het kind is, is daarmee een beoordeling die in concrete situaties verschillend kan uitpakken.¹⁸ De wijze waarop wordt bepaald wat in het belang van het kind is en in hoeverre het kind daarop invloed kan uitoefenen, kent voorts verschillende gedaanten.¹⁹ Het belang van het kind bestaat uit een groot aantal te onderscheiden deelbelangen, die niet altijd met elkaar hoeven te stroken. Ook wordt in verschillende landen verschillend gedacht over wat in het belang van het kind is.²⁰ Wat (het meeste) in het belang van het kind is en hoe dit wordt bepaald, is derhalve lang niet altijd duidelijk. In verband hiermee bestaat de mogelijkheid dat het belang van het kind verschillend wordt geïnterpreteerd in bepaalde specifieke, op het eerste gezicht identieke gevallen of bijvoorbeeld ten aanzien van ver-

15 Artikel 3 lid 1 IVRK bepaalt:
‘Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging’ (de Nederlandse vertaling spreekt van ‘de eerste overweging’, terwijl de Engelstalige tekst van het IVRK spreekt van ‘a primary consideration’); zie Trb. 1990, 46 (Engelse tekst) en Trb. 1990, 170 (Nederlandse vertaling).

16 En wel in artikel 24 lid 2 Hv-EU.

17 Daarnaast is het belang van het kind een belangrijk interpretatiebeginsel; zie Van Bueren 1995, p. 13-14 en 45, alsmede Freeman 2007. Zie ook het VN-Comité voor de Rechten van het Kind, dat het belang van het kind als interpretatiebeginsel heeft erkend. Hiermee bedoelt het VN-Comité dat, indien een wettelijke bepaling op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd, de interpretatie die het belang van het kind het beste dient, de voorkeur verdient. Zie VN-Comité voor de Rechten van het Kind, *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 2013.

18 Freeman 2007.

19 Zie bijvoorbeeld Eekelaar 2015.

20 Zie bijvoorbeeld de verschillen in de wijze waarop in verschillende landen wordt omgegaan met de positie van het kind in beslissingen over ingrijpende medische behandelingen (Archard en Skivenness 2009).

schillende kinderen binnen één gezin. Ook wordt het belang van het kind door ouders of andere volwassenen, bijvoorbeeld als zij met elkaar een conflict hebben, gebruikt (of misbruikt) om eigen standpunten te onderbouwen of te verdedigen. Het belang van het kind verwordt dan tot een ‘toverformule’ waarachter allerlei onuitgesproken en onvoldoende onderbouwde opvattingen of andere belangen schuilgaan.²¹ De Staatscommissie probeert daarom telkens zo precies mogelijk te beschrijven welke deelbelangen zij onderscheidt en hoe zij deze tegen elkaar afweegt. Ook gaat de Staatscommissie per deelonderwerp na welke randvoorwaarden of uitgangspunten gelden waarmee ten minste rekening dient te worden gehouden, opdat recht wordt gedaan aan het belang van het kind.

Het VN-Comité voor de Rechten van het Kind (VN-Comité) heeft in een algemeen commentaar (*‘General Comment’*) benadrukt dat het belang van het kind in het IVRK is gericht op *‘the full and effective enjoyment of all rights recognized in the Convention’*.²² Het belang van het kind zou moeten worden beoordeeld in het licht van de ontwikkelingsbelangen van het kind en de rechten van het kind (zie bijvoorbeeld artikel 6 IVRK). Aangenomen wordt dat het belang van het kind is gediend met een onvoorwaardelijk respect voor de andere rechten die zijn neergelegd in het IVRK.²³ Het EHRM volgt eenzelfde brede benadering voor het vaststellen van de materiële betekenis van ‘het belang van het kind’.²⁴

Het VN-Comité geeft in zijn algemeen commentaar een opsomming van deelbelangen waarmee rekening zou moeten worden gehouden. Daarnaast is een invulling van het belang van het kind binnen opvoedingsre-

21 Goldstein e.a. 1979.

22 VN-Comité voor de Rechten van het Kind, *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 2013, p. 13-17: ‘The child’s view, the child’s identity, preservation of the family environment and maintaining relations, care, protection and safety of the child, situation of vulnerability, the child’s right to health and the child’s right to education’. Zie voor een invulling vanuit pedagogisch perspectief: Kalverboer & Zijlstra 2006.

23 Freeman 2007, p. 5-6. Zie ook Tobin 2006.

24 EHRM (Grote Kamer) 6 juli 2010, 41615/07 (*Neulinger en Shuruk/Zwitserland*), r.o. 51 e.v. Het Hof verwijst daarbij in r.o. 52 expliciet naar de publicaties van het VN-Comité en de UNHCR ‘Guidelines on Determining the Best Interests of the Child’ van mei 2008: ‘52. The “Guidelines on Determining the Best Interests of the Child” were issued by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). They provide, inter alia: “The term ‘best interests’ broadly describes the well-being of a child. Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment and experiences.” (UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008)’.

laties te geven vanuit pedagogisch perspectief.²⁵ De nadere invulling van het belang van het kind komt hierna uitgebreider aan de orde.

Artikel 3 lid 1 IVRK kent ook een procedurele kant. Het belang van het kind houdt de verplichting in dat dit belang uitdrukkelijk wordt betrokken in besluitvorming die kinderen raakt. Het is niet zo dat het belang van het kind boven alles zou moeten gaan; wél behoort het een prominente plaats in te nemen. Ten aanzien van adoptie is het IVRK stilliger. In dat geval zou op grond van artikel 21 IVRK het belang van het kind *‘the paramount consideration’* moeten zijn. Ook het EHRM heeft in bepaalde zaken het belang van het kind bestempeld als bovenliggend belang, maar in de regel geldt dit niet zonder meer.²⁶

Het belang van het kind noopt tot procedurele waarborgen waarmee kan worden gewaarborgd dat het belang van het kind in voldoende mate en voldoende begrijpelijk is betrokken bij de besluitvorming. Dit vraagt om transparante en controleerbare besluitvorming, maar dwingt ook tot nadenken over de vraag of besluitvorming over kinderen voldoende toegankelijk (lees: duidelijk en vindbaar) is.

De procedurele betekenis van het belang van het kind manifesteert zich op twee niveaus. In de eerste plaats moeten alle soorten besluitvorming die leiden tot wetgeving, beleid of beslissingen die gevolgen hebben voor groepen kinderen, voldoende zijn gericht op het kind (*‘child focused’*). Hierbij zal dus telkens moeten worden nagegaan wat de te verwachten impact is op de belangen van het kind.²⁷ Ook zou inzichtelijk moeten worden gemaakt hoe de belangen van het kind zijn meegenomen in de besluitvorming en welke invloed dit heeft gehad op de besluitvorming. In sommige landen is op basis hiervan een toetsing van nieuwe wet- en regelgeving voorgeschreven, het zogenaamde ‘kind- en jongereneffectrap-

25 General Comment No. 14, par. 4.

26 Met betrekking tot het recht op contact tussen ouders en kinderen stelde het EHRM dat *‘in cases of this type the child’s interest must come before all other considerations’*; zie EHRM 19 september 2000, 40031/98, r.o. 59 (Gnahore/Frankrijk) en EHRM 10 april 2012, 19554/09, r.o. 75 (Pontes/Portugal). Het begrip *‘paramount’* wordt gebruikt met betrekking tot het belang van het kind in het kader van internationale kinderontvoering; zie EHRM (Grote Kamer) 6 juli 2010, 41615/07 (Neulinger en Shuruk/Zwitserland), r.o. 135 en EHRM (Grote Kamer) 26 november 2013, 27853/09 (X/Letland), r.o. 96. Ook in een zaak over de uitzetting van een kind gebruikt het hof dit begrip; zie EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (Jeunesse/Nederland), r.o. 109. In deze uitspraak stelt het hof echter ook in de direct daaropvolgende overweging dat *‘the best interest of the child’* op zichzelf niet doorslaggevend is, maar dat hieraan zeker voldoende gewicht zou moeten toekomen.

27 Qvortrup 1992.

port'.²⁸ De Staatscommissie acht dit een goed voorbeeld dat navolging zou verdienen. Dit houdt naar het oordeel van de Staatscommissie in dat bij eventuele wetswijzigingen of verandering van beleid naar aanleiding van haar adviezen uitdrukkelijk aandacht moet worden besteed aan de belangen van het kind.

Het tweede niveau betreft besluitvorming in individuele gevallen. Het belang van het kind speelt een prominente rol in besluitvorming die kinderen individueel raakt, ook als kinderen nog niet zijn geboren (zie hierover par. 1.3, onder Het belang van het kind in alle levensfasen). Het is aan de wetgever om individuele besluitvorming van de nodige procedurele waarborgen te voorzien, zodat het belang van het kind hierbij in voldoende mate wordt betrokken.

In het verlengde van het belang van het kind als procedureel beginsel moet worden benadrukt dat het kind met het IVRK, maar ook onder invloed van de rechtspraak van het EHRM, het recht heeft om zoveel mogelijk te worden betrokken bij de besluitvorming. Dit vloeit onder meer voort uit het recht van het kind om te worden gehoord, zoals uitdrukkelijk is neergelegd in artikel 12 IVRK. Dit heeft implicaties voor de inrichting van de besluitvorming die leidt tot wetgeving, beleid of beslissingen die gevolgen hebben voor groepen kinderen. Het is ook de reden geweest voor de Staatscommissie om kinderen te betrekken bij de ontwikkeling van haar adviezen. Maar ook als het gaat om besluitvorming in individuele gevallen, moet worden nagedacht over het antwoord op de vraag hoe het kind wordt betrokken bij het besluitvormingsproces, al dan niet via een vertegenwoordiger. Voor de Staatscommissie betekent dit dat steeds inzichtelijk moet worden gemaakt op welke wijze kinderen kunnen worden geraakt door de voorgestelde regelingen. Ook komt steeds nadrukkelijk aan de orde op welke wijze kinderen op dit moment invloed hebben op de besluitvorming en of het wenselijk is dat het kind, al dan niet door middel van een vertegenwoordiger, meer invloed krijgt op die besluitvorming.

Samenvattend en betekenis:

Het belang van het kind dient de eerste overweging te vormen bij alle maatregelen die kinderen betreffen. Dit volgt uit meerdere internationale verdragen.

Wat het belang van het kind precies inhoudt, is in het algemeen niet te stellen, maar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wel zijn er bronnen die verschillende deelbelangen van het kind onderscheiden. Het naleven van de in het IVRK en andere mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM, opgenomen rechten moet zonder meer als zijnde in het belang van het kind worden aangemerkt.

De Staatscommissie probeert telkens zo precies mogelijk te beschrijven welke deelbelangen zij onderscheidt en hoe zij deze tegen elkaar afweegt. Ook gaat de Staatscommissie per deelonderwerp na welke randvoorwaarden of uitgangspunten gelden waarmee ten minste rekening dient te worden gehouden, opdat recht wordt gedaan aan het belang van het kind.

Het belang van het kind kent ook een procedurele kant, waardoor dit belang voldoende in besluitvorming die kinderen aangaat (algemeen en op individueel niveau), zal moeten worden betrokken.

In sommige landen is op basis hiervan een toetsing van nieuwe wet- en regelgeving voorgeschreven, het zogenaamde ‘kind- en jongereneffectrapport’. De Staatscommissie acht dit een goed voorbeeld dat navolging zou verdienen. Bij eventuele wetswijzigingen of verandering van beleid naar aanleiding van de adviezen van de Staatscommissie moet naar haar oordeel dan ook uitdrukkelijk aandacht worden besteed aan de belangen van het kind.

Ten aanzien van regelingen voor besluitvorming over individuele kinderen beziet de Staatscommissie steeds nadrukkelijk op welke wijze kinderen op dit moment invloed hebben op deze besluitvorming en of het wenselijk is dat het kind hierop, al dan niet door middel van een vertegenwoordiger, meer invloed krijgt.

1.3 HET BELANG VAN HET KIND EN DE RECHTEN VAN KINDEREN IN HET AFSTAMMINGS- EN GEZAGSRECHT

Het belang van het kind wordt beschouwd als een van de vier kernbeginselen van het IVRK.²⁹ De andere kernbeginselen zijn: het non-discriminatiebeginsel (artikel 2 IVRK), het recht op leven, overleven en ontwikkeling (artikel 6 IVRK) en het recht om te worden gehoord (artikel 12 IVRK). Het IVRK is, zoals gezegd, zeker niet de enige bron voor kinderrechten, maar wel een wezenlijke en een nagenoeg universeel onderschreven bron. Het IVRK bevestigt enerzijds dat kinderen mensenrechten en fundamentele vrijheden hebben, net zoals volwassenen, en dat hierbij geen onge-rechtvaardigd onderscheid mag worden gemaakt tussen kinderen, ook niet op grond van de omstandigheden of activiteiten van hun ouders (non-discriminatiebeginsel; artikel 2 IVRK, zie hierna onder ‘bescherming tegen alle vormen van discriminatie’). Anderzijds onderkent het IVRK dat kinderen personen in ontwikkeling zijn en in verband daarmee bijzondere rechten hebben die hen moeten beschermen. Binnen het kader van het afstammings- en gezagsrecht zijn, naast de kernbeginselen, in het bijzonder de volgende rechten van belang:

- het recht op een naam, een nationaliteit, het recht om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (artikel 7 IVRK);
- het recht op het behoud van de identiteit door het kind, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen (artikel 8 IVRK);
- dat de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders, voogden en familie door de Staat worden geëerbiedigd. Deze personen zijn verantwoordelijk voor het voorzien in passende leiding en begeleiding bij de uitoefening door het kind van de rechten in het IVRK, op een manier die aansluit bij de ontwikkelingsfase waarin een kind zich bevindt (artikel 5 IVRK);
- het beginsel dat beide ouders gezamenlijk de eerste verantwoordelijkheid dragen voor het belang van het kind, en de opvoeding en ontwikkeling van het kind (artikel 18 IVRK en artikel 8 EVRM);

29

VN-Comité voor de Rechten van het Kind, *General comment No. 5 General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child* (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 2003, p. 3-4.

- de verplichting van de Staat te waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders, tenzij dit noodzakelijk is in het belang van het kind (artikel 9 IVRK en artikel 8 EVRM);
- het recht op bescherming van het privé- en gezinsleven van het kind (artikel 8 EVRM en artikel 16 IVRK);
- de verplichting van de Staat te waarborgen dat het belang van het kind de voornaamste overweging is bij (interlandelijke) adoptie (artikelen 1 en 4 Haags Adoptieverdrag en artikel 21 IVRK);
- de verplichting van de Staat tot het nemen van maatregelen ter voorkoming van de verkoop van kinderen (artikel 35 IVRK en verder uitgewerkt in het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het Verdrag inzake de rechten van het kind³⁰).

De betekenis van bovenstaande rechten wordt hieronder nader besproken aan de hand van een tweetal noties: 1) het kind in relatie tot zijn ouders, 2) het belang van het kind in alle levensfasen. Verder wordt specifiek aandacht besteed aan het recht op informatie over de afstamming en de bescherming tegen alle vormen van discriminatie. Daarbij overweegt de Staatscommissie dat het IVRK, net als het EVRM, een *'living instrument'* is, dat meegroeit met zijn tijd. De rechten die zijn verankerd in het IVRK, vormen in verband hiermee niet enkel een rechtsbron, maar tevens een inspiratiebron voor het advies van de Staatscommissie. In de navolgende hoofdstukken wordt telkens teruggegrepen op de belangen en rechten van kinderen.

Het kind in relatie tot zijn ouders

Zoals blijkt uit het overzicht van relevante bepalingen, benadrukt het IVRK de bijzondere relatie tussen het kind en zijn ouders. Wie de ouders van een kind zijn, wordt door het IVRK niet voorgeschreven. Het IVRK lijkt primair uit te gaan van twee ouders, maar laat wel ruimte voor betrokkenheid van meer ouders. Het IVRK onderkent dat meerdere personen of zelfs de *'extended family'* of gemeenschap kunnen zijn betrokken bij en van belang kunnen zijn voor de opvoeding van een kind (zie bijvoorbeeld artikel 5 IVRK).

Het IVRK gaat niet expliciet uit van genetisch ouderschap, noch sluit het IVRK andere vormen van ouderschap uit. Een genetische band werd ten tijde van de totstandkoming van het verdrag niet expliciet verondersteld, ook niet binnen het kerngezin. Maar een dergelijke band werd waarschijnlijk wel impliciet aangenomen. Het IVRK erkent wel de mogelijkheid van adoptie als wijze van het verkrijgen van ouderschap zonder genetische band (artikel 21 IVRK). In de rechtspraak van het EHRM is het bestaan van een genetische band evenmin doorslaggevend; het verdrag beschermt ook gezinsleven zonder genetische band.³¹ Wel raakt een genetische band tussen ouder en kind, buiten *'family life'*,³² het privéleven van het kind³³ en dat van de ouder.³⁴ Op de betekenis van deze bevindingen zal nader worden ingegaan in de omschrijving van het bestaande recht (Hoofdstukken 6 tot en met 10) en de voorstellen die de Staatscommissie doet (Hoofdstuk 11).

Artikel 18 IVRK erkent het principe dat ouders gezamenlijk de verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en ontwikkeling van het kind en dat ouders, dan wel wettige voogden, 'de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind' hebben, waarbij het belang van het kind 'hun allereerste zorg' is.³⁵ Het belang van het kind werkt op grond van deze bepaling direct door in het gezinsleven. Het IVRK reguleert met andere woorden de verantwoordelijkheid van ouders (of wettige voogden) voor het kind. In de preambule wordt aangenomen dat het voor de ontwikkeling van een kind van belang is om in een gezinsomgeving op te groeien *'in an atmosphere of happiness, love and understanding'*. De ouder(s) of anderen die verantwoordelijk zijn voor het kind, hebben op grond van artikel 27 lid 2 IVRK de primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen, naar vermogen en binnen de grenzen

31 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 januari 2015, 25358/12 (*Paradiso en Campanelli/Italië*), r.o. 68, EHRM 22 juni 2004, 78028/01 en 78030/01 (*Pini e.a./Kroatië*), r.o. 150 en EHRM 22 april 1997, 21830/93 (*X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 36 en 37.

32 Artikel 8 EVRM omvat zowel de eerbiediging van het familie- en gezinsleven, het zogenaamde *'family life'*, als het recht op de bescherming van het privéleven, het zogenaamde *'private life'*. Het bestaan van *'family life'* of, zoals dit in het Nederlandse personen- en familierecht van Boek 1 BW wordt genoemd, een 'nauwe persoonlijke betrekking' betekent dat aanspraak kan worden gemaakt op bescherming van de invulling en ongestoorde voortgang van dat *'family life'*.

33 EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (*Mennesson/Frankrijk*), r.o. 100, EHRM 7 februari 2002, 53176/99 (*Mikulić/Kroatië*), EHRM 13 juli 2006, 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*) en EHRM 14 februari 2012, 2151/10 (*A.M.M./Roemenië*).

34 EHRM 21 december 2010, 20578/07, NJ 2011/508, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*) en EHRM 15 september 2011, 17080/07, EHRC 2011/159, m.nt. J.H. Gerards (*Schneider/Duitsland*).

35 Freeman 2007, p. 48.

van hun financiële mogelijkheden, van de levensomstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind.

Hierbij past een overheid die zich terughoudend opstelt, de rechten en verantwoordelijkheden van ouders respecteert en zich niet zonder meer mengt in de opvoeding en ontwikkeling van het kind. Dit uitgangspunt sluit ook aan bij de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van artikel 8 EVRM.³⁶ Tegelijkertijd heeft de overheid op grond van artikel 18 lid 2 IVRK de verantwoordelijkheid om ouders ‘passende bijstand’ te verlenen bij de uitoefening van hun rechten en verantwoordelijkheden, onder meer door middel van ‘de ontwikkeling van instellingen, voorzieningen en diensten voor kinderopvang’.³⁷ Hierbij kan worden gedacht aan vormen van opvoedingsondersteuning, kinderopvang en jeugdhulp. De grondslag voor de ondersteuning van ouders is de gedachte dat de belangen en rechten van het kind baat hebben bij een dergelijke ondersteuning (zie de formulering van artikel 18 lid 2 IVRK), hetgeen aansluit bij de eerder genoemde verwijzing naar het gezin als omgeving waarin een kind idealiter opgroeit (Preamble IVRK).

Artikel 9 IVRK ligt in het verlengde van het voorgaande: een kind mag in principe niet van zijn ouders worden gescheiden, tenzij een dergelijke scheiding in het belang van het kind wordt geacht en onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing (artikel 9 lid 1 IVRK). Een dergelijke omstandigheid kan zich volgens de tweede volzin van laatstgenoemde bepaling voordoen ingeval ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind of wanneer sprake is van misbruik of verwaarlozing (zie ook artikel 19 IVRK). In deze bepaling ligt besloten dat het kind recht heeft om met zijn ouders te leven en dat hij in geval van scheiding van zijn ouders recht heeft op het onderhouden van persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met ‘beide ouders’, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind. Artikel 9 IVRK staat in die zin in verbinding met artikel 7 IVRK, waarin het recht om door de ouders te worden verzorgd is opgenomen. Diezelfde rechten worden door het EHRM onder het recht op familie- en gezinsleven en bij gebreke daarvan privéleven van artikel 8

36 Zie bijvoorbeeld voor de schending van artikel 8 EVRM wegens het weghalen van kinderen bij ernstig visueel gehandicapte ouders: EHRM 18 december 2008, 39948/06 (*Saviny/Oekraïne*) en wegens het weghalen van kinderen bij ouders met een laag IQ: EHRM 26 februari 2002, 46544/99 (*Kutzner/Duitsland*) en EHRM 8 januari 2013, 37956/11 (*A.K. en L/Kroatië*).

37 Artikel 18 lid 2 IVRK. Zie ook artikel 3 lid 2 IVRK.

EVRM geschaard,³⁸ en zijn inmiddels in talloze verschillende constellaties door het EHRM bevestigd.³⁹ Op grond van artikel 9 lid 2 IVRK, en op grond van artikel 8 in verbinding met artikel 6 EVRM, hebben alle belanghebbenden het recht deel te nemen aan de procedures die kunnen leiden tot scheiding van kind en ouder en het recht hun mening kenbaar te maken.

Het belang van het kind in alle levensfasen

Het IVRK definieert het kind in beginsel als ieder mens jonger dan achttien jaar (artikel 1 IVRK). Deze leeftijdsgrens sluit aan bij de definitie van minderjarigheid in het Nederlandse recht (artikel 1:233 BW). Dit betekent niet dat het belang van het kind in al zijn levensfasen hetzelfde is. Het belang van het kind zal mede moeten worden beoordeeld in het licht van de ontwikkelingsfase waarin een kind zich bevindt. Dit heeft ook betrekking op de vraag in hoeverre een kind in staat is zijn rechten zelfstandig uit te oefenen en in hoeverre het kind hierin zou moeten worden begeleid dan wel vertegenwoordigd. In artikel 5 IVRK wordt onderkend dat een kind, afhankelijk van de ontwikkelingsfase waarin het zich bevindt, behoefte heeft aan begeleiding bij de uitoefening van zijn rechten en dat het primair de ouders (of zijn familie) zijn die deze begeleiding zouden moeten bieden. Deze behoefte neemt af naarmate een kind ouder wordt en zich verder ontwikkelt met als gevolg dat het meer in staat kan worden geacht zijn rechten zelfstandig uit te oefenen.⁴⁰

Het concept van de ‘zich ontwikkelende vermogens’ van het kind, zoals neergelegd in artikel 5 IVRK, onderstreept dat een kind zich ontwikkelt en afhankelijk van deze ontwikkeling in meer of mindere mate wordt geacht zijn rechten te kunnen uitoefenen. Dit concept is tevens herkenbaar bij het recht om te worden gehoord, waarbij de vraag in hoeverre de mening van het kind moet worden meegewogen, afhankelijk is gemaakt van de

38 Zie ook artikel 24 lid 3 Hv-EU.

39 Zie bijvoorbeeld voor schending van artikel 8 EVRM:

- wegens het niet waarborgen van contact tussen het kind en een van de ouders: EHRM 26 mei 1994, 16969/90, NJ 1995/247, m.nt. J. de Boer (*Keegan/Ierland*), EHRM 21 december 1999, 33290/96 (*Salgueiro da Silva Mouta/Portugal*), EHRM 6 december 2011, 16192/06 (*Cengiz Kiliç/Turkije*) en voor Nederland: HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91, NJ 2014/154, m.nt. S.F.M. Wortmann en - wegens het ontbreken van een rechtsingang voor ouders die omgang willen met (vermeend) genetisch eigen kinderen, de hierboven reeds aangehaalde arresten EHRM 21 december 2010, 20578/07, NJ 2011/508, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*) en EHRM 15 september 2011, 17080/07, EHRC 2011/159, m.nt. J.H. Gerards (*Schneider/Duitsland*).

40 Lansdown 2005.

leeftijd en rijpheid van het kind (artikel 12 IVRK).⁴¹ Recentelijk heeft het EHRM zich in vergelijkbare bewoordingen uitgelaten over het recht om te worden gehoord onder artikel 8 EVRM. Het EHRM overweegt dat kinderen weliswaar niet volledig autonoom zijn, maar dat het recht om te worden gehoord een fundamenteel recht van het kind is, dat dient te worden gerespecteerd in juridische aangelegenheden die het kind betreffen.⁴²

In verband hiermee buigt de Staatscommissie zich over de vraag vanaf welk moment kinderen invloed zouden moeten kunnen hebben op het ontstaan of beëindigen van ouderschap en gezag, op de besluitvorming met betrekking tot het kind bij de beëindiging van relaties tussen ouders, verzorgers etc. en de wijze waarop het kind in het afstammings- en gezagsrecht toegang heeft tot de rechter of andere besluitvormingsinstanties.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld in hoeverre het IVRK bescherming biedt aan nog niet geboren kinderen. De preambule van het IVRK onderstreept het belang van bijzondere waarborgen, inclusief passende juridische bijstand, voor kinderen vóór en na de geboorte. Ook artikel 24 lid 2 aanhef en onder d en f IVRK bevat positieve verplichtingen voor de overheid om zorg te dragen voor onder meer passende prenatale gezondheidszorg voor moeders en hulp bij gezinsplanning. Vanwege de relatie met de kwestie van abortus laat het IVRK het evenwel aan verdragsstaten zelf om de bescherming van nog niet geboren kinderen wel of niet te reguleren (en vanaf welk moment).⁴³ In Nederland zijn zaken bekend waarin de kinderrechter een nog niet geboren kind onder toezicht heeft

41 Een ander voorbeeld betreft artikel 14 lid 2 IVRK ten aanzien van de vrijheid van godsdienst van het kind en de positie van de ouders in dit verband.

42 EHRM 3 september 2015, 10161/13 (*M. & M./Kroatië*), r.o. 97, 171 en 181. Het EHRM onderbouwt zijn standpunt aan de hand van artikel 12 IVRK, alsmede het door het VN-Comité voor de Rechten van het Kind opgestelde algemeen commentaar ('*General Comment*') over de betekenis en interpretatie van het recht om te worden gehoord; zie VN-Comité voor de Rechten van het Kind, *General comment No. 12, The right of the child to be heard*, 2009.

43 *Kamerstukken II 1992/93, 22855 (R1451)*, 3, p. 13.

gesteld.⁴⁴ Het belang van het kind kan daarmee ook al vóór de geboorte een rol spelen (zie in dit verband ook artikel 1:2 BW).

Een verdergaande vraag is of het IVRK een grondslag biedt om een verantwoordelijkheid van de overheid aan te nemen ten aanzien van het nog niet gecreëerde kind. Een afweging van de individuele belangen van een kind dat nog niet is gecreëerd, op basis van de aan het kind in de toekomst mogelijk toekomende rechten is onmogelijk. Een toekomstig kind is nog geen drager van rechten. Het is daarom evenmin mogelijk om namens een nog niet gecreëerd kind in rechte op te komen om een belangenafweging te vragen. Het IVRK dwingt evenwel tot algemene beschermingsmaatregelen die een algemenere afweging van de belangen van toekomstige kinderen tegen andere belangen vragen. Dit wordt gerechtvaardigd op grond van de te verwachten gevolgen van bepaalde beslissingen, handelingen of nalaten voor toekomstige kinderen en hun belangen en rechten. Keuzes van toekomstige ouders (in welke zin dan ook) kunnen immers invloed hebben op de rechten van de kinderen, zoals bijvoorbeeld het recht op afstammingsinformatie of het recht op een identiteit. De Staatscommissie ziet daarmee mogelijkheden om het belang van het toekomstige kind een rol te laten spelen in afwegingen rondom afstamming en gezag en de juridische inbedding van besluitvorming en procedures daaromtrent.

Informatie over de afstamming

De artikelen 7 en 8 IVRK beschermen het recht van het kind om zoveel mogelijk zijn of haar ouders⁴⁵ te kennen en de eigen identiteit, waaronder familiebetrekkingen te behouden zonder onrechtmatige inmenging. Van wie een kind afstamt maakt zo'n belangrijk deel uit van zijn of haar identiteit, dat het verkrijgen van informatie hierover valt onder het recht

44 De ondertoezichtstelling is geregeld in artikel 1:255 BW. Hierin is bepaald dat de kinderrechter een minderjarige onder toezicht kan stellen van een gecertificeerde instelling indien de minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd. Daarbij moet de zorg die is vereist om deze bedreiging weg te nemen, niet of onvoldoende door de ouder(s) worden geaccepteerd en moet de verwachting aanwezig zijn dat de ouder(s) niet in staat is (zijn) 'binnen een gelet op de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn' de verantwoordelijkheid te dragen voor de verzorging en opvoeding van het desbetreffende kind. In 2014 is voor ongeveer 270 nog niet geboren kinderen een ondertoezichtstelling aangevraagd. Dit aantal is de laatste jaren redelijk stabiel, aldus de RSJ op basis van cijfers van de raad voor de kinderbescherming. Zie RSJ 2015, p. 23.

45 Dit omvat de biologische ouders; zie Ziemele 2007, p. 18-26.

op bescherming van de eigen identiteit. Dit recht ligt tevens besloten in artikel 8 EVRM.⁴⁶

Een recht op afstammingsinformatie is geen absoluut recht, zo blijkt ook uit de rechtspraak van het EHRM. Een Franse regeling voor het anoniem afstaan van kinderen zonder dat op enig moment een afweging werd gemaakt tussen het belang van de moeder bij geheimhouding van haar identiteit en het belang van het kind bij afstammingsinformatie, werd door de Grote Kamer van het EHRM in overeenstemming met artikel 8 EVRM geacht.⁴⁷ Het EHRM liet in deze beslissing meewegen dat er een algemeen belang is bij een regeling die anoniem afstaan van kinderen mogelijk maakt.⁴⁸ Met betrekking tot een weigering tot het vaststellen van het vaderschap met behulp van een (verplichte) DNA-test lijkt het EHRM de belangen echter anders te wegen en eerder een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen.⁴⁹

De artikelen 7 en 8 IVRK en artikel 8 EVRM hebben er nog niet toe geleid dat het recht op afstammingsinformatie overal in Europa op eenzelfde manier wordt gewogen. Waar in landen als Nederland en Duitsland het recht op afstammingsinformatie heeft geleid tot de afschaffing van de mogelijkheid van anoniem doneren, is in landen als België en Spanje anoniem doneren van gameten nog steeds mogelijk.

De Hoge Raad heeft al vroeg ‘het recht om te weten van welke ouders men afstamt’ in zijn rechtspraak onderkend.⁵⁰ Net als in de rechtspraak van het EHRM, is het recht op afstammingsinformatie in de rechtspraak van de Hoge Raad geen absoluut recht. Maar wat betreft de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig kind om te weten door wie het is verwekt, en anderzijds het (in het recht op respect voor haar privéleven besloten) recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, oordeelde de Hoge Raad dat het recht van het kind in de desbetreffende zaak prevaleerde. Behalve

46 Zie EHRM 7 juli 1989, 10454/83, NJ 1991, 659 (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, 42326/98, NJ 2003/587, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre/Frankrijk*).

47 EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, 42326/98, NJ 2003/587, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre/Frankrijk*).

48 Vergelijk de recente discussie over babyluikjes en in dat kader Deutscher Ethikrat 2009.

49 EHRM 7 februari 2002, 53176/99 (*Mikulić/Kroatië*), EHRM 13 juli 2006, 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*) en EHRM 14 februari 2012, 2151/10 (*A.M.M./Roemenië*).

50 HR 15 april 1994, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, r.o. 3.2 e.v., o.a. onder verwijzing naar artikel 7 IVRK.

door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel medeverantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad rekent het geven van informatie over de afstamming van het kind tot de plichten behorende tot het ouderlijk gezag.⁵¹ Hoewel het in beginsel in het belang van kinderen mag worden geacht om te weten wie hun biologische ouders zijn, omvat het recht op afstammingsinformatie ook het recht om af te zien van deze kennis.⁵² Het recht op informatie over de eigen afstamming en breder de ontstaansgeschiedenis vormt wat dat betreft een zelfbeschikkingsrecht ten aanzien van de eigen identiteit, op basis waarvan niemand voor een ander kan beslissen wat hij wel of niet kan weten over zijn eigen geschiedenis.⁵³ In wezen gaat het daarmee om een recht om niet te worden misleid.⁵⁴ De toegang tot donorgegevens in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is ook in die lijn vormgegeven. Zie over het belang van kinderen bij vroegtijdige informatie over de eigen ontstaansgeschiedenis par. 1.4 en over de toegang tot donorgegevens par. 4.2.2. De noties van de zich ontwikkelen- de vermogens van het kind en het belang van informatie over de ontstaansgeschiedenis zijn voor de Staatscommissie ook aanleiding om na te denken over het antwoord op de vraag vanaf wanneer kinderen recht zouden moeten hebben op toegang tot informatie over hun ontstaansgeschiedenis.

Bescherming tegen alle vormen van discriminatie

In artikel 2 van het IVRK is het non-discriminatiebeginsel neergelegd. In dit artikel is niet alleen bepaald dat verdragsstaten de rechten uit het IVRK zonder enige vorm van discriminatie moeten eerbiedigen en waarborgen. Ook moeten verdragsstaten in het algemeen alle passende maatregelen nemen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de omstandigheden of de activiteiten van, de meningen geuit door of de over-

51 Zie HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*), onder verwijzing naar artikel 8 EVRM en de artikelen 7 en 8 IVRK.

52 Zie Rb Zwolle-Lelystad 4 maart 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BP6936, later bekrachtigd in Hof Arnhem 13 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX7942, waarin de rechtbank het belang van een adoptiekind om niet te weten wie zijn genetische ouders zijn, afwoog tegen de belangen van de Indiase ouders die op zoek waren naar hun zoon die slachtoffer van kinderroof was.

53 Wel heeft het EHRM ook geaccepteerd dat een staat een kind tegen zijn wil verplicht om de waarheid over zijn afstamming te leren kennen, mits hierbij een zorgvuldige procedure is gevolgd waarin het belang van het kind een rol heeft gespeeld; zie EHRM 14 januari 2016, 30955/12, EHCR 2016/76, m.nt. S. Florescu (*Mandet/Frankrijk*).

54 Blauwhoff 2009, p. 368.

tuigingen van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind. Met name dit laatste onderdeel gaat verder dan de vergelijkbare bepaling in artikel 14 EVRM, omdat het zich niet beperkt tot de toepassing van de verdragsrechten.⁵⁵ Een onderscheid tussen buiten en binnen huwelijk geboren kinderen past niet binnen de kaders van artikel 2 IVRK,⁵⁶ hetgeen aansluit op het eerder aangehaalde *Marckx*-arrest van het EHRM.⁵⁷ Dit betekent echter nog niet dat iedere vorm van onderscheid tussen deze groepen ongerechtvaardigd zal hoeven te zijn. Er bestaat bijvoorbeeld geen verplichting om gezag van rechtswege te laten ontstaan voor de ongehuwde partner van de moeder, ook als gezag wél van rechtswege ontstaat voor beide gehuwde ouders.⁵⁸ Wel zal telkens moeten vaststaan dat een dergelijke rechtvaardiging aanwezig is. De bescherming van het gezinsleven in combinatie met het discriminatieverbod heeft tot gevolg dat niet langer het recht de relaties selecteert waaraan rechtsgevolgen worden verbonden, maar het in de werkelijkheid gevormde feitelijke familie- en gezinsleven als voorgegeven wordt erkend, waarna het recht moet volgen.⁵⁹

Samenvattend en betekenis:

Voor het afstammings- en gezagsrecht is naast de vier kernbeginselen van het IVRK een groot aantal verdragsbepalingen van belang, die zien op de belangen en rechten van het kind, de primaire verantwoordelijkheid van ouders, de rol van de bredere familie en de verplichtingen van de overheid.

- 55 Artikel 14 EVRM is net als artikel 2 lid 1 IVRK een zogenaamd ‘accessoir recht’: het verbiedt discriminatie bij de toepassing van de verdragsrechten.
- 56 Zie bijvoorbeeld het landenrapport van het VN-Comité voor de Rechten van het Kind voor de Filipijnen, 2 oktober 2009, CRC/C/15/Add. 259, par. 21.
- 57 EHRM 13 juni 1979, 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*).
- 58 ‘[...] the Court has considered that the relationship between unmarried fathers and their children varies from ignorance and indifference to a close stable relationship indistinguishable from the conventional family based unit. [...] For this reason the Court has held that there exists an objective and reasonable justification for the difference in treatment between married and unmarried fathers with regard to the automatic acquisition of parental rights’; zie EHRM 14 september 1999, 39067/97 (*Balbontin/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 3 september 2003 (ontv.), 56838/00 (*Guichard/Frankrijk*). Het moet voor vaders van buiten het huwelijk geboren kinderen wel mogelijk zijn om het gezag te verkrijgen.
- 59 Asser/De Boer 2010/13.

Het IVRK onderkent de bijzondere relatie tussen het kind en zijn ouders. Wie de ouders van een kind zijn, wordt door het IVRK niet voorgeschreven. Het IVRK lijkt primair uit te gaan van twee ouders, maar laat wel ruimte voor betrokkenheid van meer ouders. Het IVRK gaat niet expliciet uit van genetisch ouderschap, noch sluit het IVRK andere vormen van ouderschap uit. Het IVRK onderkent ook dat meerdere personen of zelfs de *'extended family'* of gemeenschap kunnen zijn betrokken bij en van belang kunnen zijn voor de opvoeding van een kind.

De ouders zijn in de eerste plaats verantwoordelijk ervoor te zorgen dat een kind opgroeit *'in an atmosphere of happiness, love and understanding'* met levensomstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind. Hierbij past een overheid die zich terughoudend opstelt, de rechten en verantwoordelijkheden van ouders respecteert en zich niet zonder meer mengt in de opvoeding en ontwikkeling van het kind. Tegelijkertijd heeft de overheid de verantwoordelijkheid om ouders hierbij 'passende bijstand' te verlenen.

Het IVRK onderkent eveneens de zich ontwikkelende vermogens van kinderen. Met het toenemen van deze vermogens dient een kind ook in toenemende mate zijn rechten te kunnen uitoefenen. In verband hiermee buigt de Staatscommissie zich over het antwoord op de vraag vanaf welk moment kinderen invloed zouden moeten kunnen hebben op het ontstaan of beëindigen van ouderschap en gezag, op de besluitvorming met betrekking tot het kind bij de beëindiging van relaties tussen ouders, verzorgers etc. en de wijze waarop het kind in het afstammings- en gezagsrecht toegang heeft tot de rechter of andere besluitvormingsinstanties. Maar dit uitgangspunt is voor de Staatscommissie ook aanleiding om na te denken over het antwoord op de vraag vanaf wanneer kinderen toegang zouden moeten hebben tot afstammingsinformatie of, breder genomen, tot informatie over hun ontstaansgeschiedenis.

Het belang van het kind kan al vóór de geboorte een rol spelen. Er zijn in het IVRK zelfs algemene verplichtingen opgenomen tot het bieden van bescherming en ondersteuning die de grondslag kunnen vormen voor maatregelen van de overheid om toekomstig leed te proberen te voorkomen. De Staatscommissie ziet daarmee mogelijkheden om het belang van het toekomstige, nog niet ontstane, kind een rol te laten spelen in afwegingen rondom afstamming en gezag en de juridische inbedding van besluitvorming en procedures daaromtrent.

Het IVRK en het EVRM omvatten het recht van kinderen op bescherming van de eigen identiteit. Dat recht omvat ook het recht op informatie over de eigen ontstaansgeschiedenis. In Europa bestaat geen consensus over de wijze waarop het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis moet worden gewogen. Een recht op dergelijke informatie is in ieder geval niet absoluut; het recht van anderen op het al dan niet bekend worden bij het kind van dergelijke informatie moet worden meegewogen. In Nederland wordt het recht op afstammingsinformatie zwaar gewogen, zowel in de rechtspraak als in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

Kinderen moeten worden beschermd tegen discriminatie en ongelijke behandeling. Regelingen op het terrein van het afstammings- en gezagsrecht zullen zoveel mogelijk alle kinderen een gelijke uitgangspositie en gelijke bescherming moeten bieden. Dit neemt niet weg dat onderscheid kan worden gemaakt, mits hiervoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is.

1.4 HET BELANG VAN HET KIND IN OPVOEDINGSRELATIES

De opdracht aan de Staatscommissie wijst op de technologische en maatschappelijke ontwikkelingen die leiden tot nieuwe mogelijkheden voor gezinsvorming en veranderende gezinssamenstellingen. Deze ontwikkelingen leiden ook tot nieuwe vragen over de rol van ouders, de band tussen ouder en kind en de wijze waarop individuen zich ontplooiën, aldus de opdracht. Hoe verschillende wijzen van gezinsvorming en gezinssamenstellingen de ontwikkeling van het kind beïnvloeden, is een van de bepalende vragen voor een materiële invulling van het belang van het kind. Deze vraag zal voor ouderschap in het algemeen, meerouderschap, meeroudergezag, stiefouderschap, pleegouderschap en draagmoederschap daarom telkens uitgebreid aan de orde komen. Vooraf is het echter nodig om in algemene zin te komen tot een omschrijving van wat ‘goed ouderschap’ inhoudt vanuit pedagogisch perspectief. Dit kan daarmee immers een ijkpunt vormen voor de beoordeling van mogelijke opvoedings- of ouderschapsarrangementen, mede in het licht van de belangen en rechten van het kind.

Het probleem daarbij is dat de kern van het ouderschap in pedagogische zin lastig in enkele zinnen is te vatten. De Staatscommissie hanteert de

volgende omschrijving: een ouder is een persoon met wie het kind een onvoorwaardelijke, stabiele, intense, intieme en niet in tijd afgegrensde relatie heeft, waarin voor het kind wordt gezorgd en het kind wordt geholpen zich te ontwikkelen.

De Staatscommissie onderscheidt binnen goed ouderschap zeven kernen.⁶⁰ Dit ouderschap, of opvoederschap, zou voor ieder kind beschikbaar moeten zijn, rekening houdend met de ontwikkelingsfase waarin het kind zich bevindt, en rekening houdend met de unieke kenmerken van het kind. In willekeurige volgorde:

- een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment;
- continuïteit in de opvoedingsrelatie;
- verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn;
- opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie;
- het organiseren en monitoren van de opvoeding in het gezin, op school en in het publieke domein;
- zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit van het kind;
- zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen.

Een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment

De noodzaak van deze intentie behoeft nauwelijks toelichting. Kinderen worden geboren met de natuurlijke neiging gehecht te raken aan een beschermende volwassene. Vrijwel alle ouders zullen na de geboorte van hun kind een hechte band met hun kind opbouwen, die van beide kanten als diepgaand wordt ervaren en een heel leven lang blijft bestaan, zelfs al is er geen contact meer. Hoe belangrijk dat commitment is, blijkt uit wat er gebeurt als het niet aanwezig is. Deze kern van goed ouderschap is juridisch nauwelijks te verankeren, maar zit als vooronderstelling

besloten in de hierna te noemen bescherming tegen het doorbreken van opvoedingsrelaties.

Continuïteit in de opvoedingsrelatie

Van IJzendoorn noemt stabiliteit en continuïteit in de leefsituatie en stabiliteit in de hechtingsrelatie de belangrijkste voorwaarden voor een goede opvoeding.⁶¹ Het kind moet weten dat zijn ouders voor hem zorgen en blijven zorgen totdat het zelfstandig is.⁶² Het kind moet weten dat het bij zijn ouders blijft horen. Een hechte ouder-kindrelatie is een beschermende factor tegen stressvolle en potentieel traumatiserende ervaringen van kinderen. Onderzoek laat zien dat iedere breuk of grote verandering in de opvoeder-kindrelatie een risicofactor is. De effecten van echtscheidingen zijn negatiever als de relatie van het kind met (een van) beide ouders daardoor verslechtert.⁶³ Het recht van het kind op bescherming van de continuïteit van de relatie met de ouders is als opdracht aan de overheid ook neergelegd in het eerdergenoemde artikel 9 IVRK en ligt besloten in de bescherming van het privé- en familieleven van het kind in artikel 16 IVRK en artikel 8 EVRM.

Verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn

Dit betreft niet alleen voeding en verzorging, maar ook toezicht, behoeften voor onveilige situaties in huis en buitenshuis en het gebruik maken van zorg en hulp als dat noodzakelijk is. Het recht op verzorging en lichamelijk welzijn van het kind blijkt ook uit de artikelen 3 lid 2, 5, 18 en 19 IVRK.

Opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie

Het kind dient te worden begeleid en gestimuleerd in zijn persoonlijke ontwikkeling naar volwassenheid. Kinderen moeten leren zich aan de (maatschappelijke) regels te houden en zich te voegen in de samenleving waarin zij opgroeien. Tegelijkertijd moeten zij de mogelijkheid krijgen hun individuele talenten te ontplooien en leren hun eigen keuzes te maken en de gevolgen daarvan te ervaren. Beide typen inhoudelijke pedagogische doelen zijn noodzakelijk, maar niet voldoende, om kinderen op te voeden tot sociaal en maatschappelijk actief participerende personen

61 Van IJzendoorn 2008.

62 De noodzaak van een relationeel helder toekomstperspectief dat zekerheid geeft aan het kind, wordt ook wel 'bestaanszekerheid' genoemd; zie Singer 1998.

63 Hakvoort 2011.

en burgers.⁶⁴ Dat vraagt extra inzet van de ouders. De manier waarop is daarbij van groot belang: de zogenaamde autoritatieve opvoedstijl (veel emotionele warmte, veel uitleg, bij de leeftijd passende onderhandelingsruimte, maar tegelijk duidelijke en consequente structuur en begrenzing) wordt, ook gesteund door empirisch onderzoek, als ‘goed opvoeden’ gezien.⁶⁵ In het opvoeden wordt aldus als het ware geoefend in sociale en maatschappelijke participatie. In de ouder-kindrelatie is geen plaats voor psychisch of fysiek geweld (aldus ook artikel 1:247 lid 2 tweede volzin BW).

Het belang van begeleiding en stimulering in de opvoeding van het kind en de daarbij behorende notie van zich ontwikkelende vermogens zijn verankerd op vele plaatsen in het IVRK. Gewezen kan worden op de artikelen 5 en 18 IVRK, maar ook op de verplichting van de overheid om de vrije meningsuiting, gewetensvrijheid en toegang tot informatie van het kind te waarborgen (zie ook artikel 14 IVRK over vrijheid van godsdienst). Het recht op bescherming tegen geestelijk of lichamelijk geweld is verankerd in artikel 19 IVRK.

Het organiseren en monitoren van de opvoeding in het gezin, op school en in het publieke domein

De drie klassieke opvoedmilieus zijn gezin, school (in brede zin) en het publieke domein (inclusief cyberspace). Een essentiële taak van ouders is de opvoeding voor het kind te organiseren en de kwaliteit en veiligheid ervan te bewaken: welke tv-programma's bekijkt het kind, welke boeken leest het, welke games mag het spelen, hoe wordt met internet en sociale media omgegaan, met wie gaat het kind om, bij wie gaat het logeren, welke vorm van kinderopvang wordt gekozen, welke school, sport, welk muziekinstrument wordt gekozen, tot hoe laat mag het kind uitgaan, naar welke gelegenheden, welke medische behandeling of ingreep wordt gedaan enzovoorts. Ook deze kern van goed ouderschap ligt besloten in de artikelen 5 en 18 IVRK in samenhang met verschillende andere bepalingen in het IVRK.

64 Dit proces kent daarmee assimilatoire, emancipatoire en participatoire dimensies, zie Hermanns 2007.

65 Anderen, zoals Van Ijendoorn, leggen de nadruk op sensitiviteit en responsiviteit: voortdurend zoeken naar passende antwoorden op de opvoedingsvragen die kinderen stellen; zie Van Ijendoorn 2008.

Zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit van het kind

Kinderen hebben behoefte aan een narratieve identiteit, een coherent levensverhaal en inzicht in afstamming. Daarbij is zakelijke informatie over de genetische en biologische afstamming niet voldoende. Ook de redenen voor ‘afstand’, redenen voor het besluit tot medisch geassisteerde zwangerschap en geboorte en motivatie tot adoptie horen bij dit levensverhaal. De Staatscommissie vat dit onder het brede begrip ‘ontstaansgeschiedenis’. Binnen dit levensverhaal bestaat geen ruimte voor geheimen en onwaarheden. Meestal kan ‘voorlichting’ over de ontstaansgeschiedenis plaatsvinden door antwoord te geven op vragen van het kind. Vanaf een jaar of zeven hebben de meeste kinderen wel een beeld van de menselijke voortplanting en als er geen vragen van het kind komen, is dit de leeftijd om als ouders het initiatief te nemen. Bij adoptie, bij gametendonatie, bij medisch geassisteerde voortplanting, bij pleegzorg en bij nieuw samengestelde gezinnen hoort het bij de opvoeding dat kinderen over informatie kunnen beschikken over feitelijke en medische gegevens van genetische ouders, feitelijke gegevens van een eventuele draagmoeder, alsmede de overwegingen die hebben geleid tot belangrijke beslissingen omtrent het ontstaan of de afstand van het kind. Het kind heeft in sommige gevallen ook een juridisch belang bij deze informatie.⁶⁶ Het recht op kennis over de eigen ontstaansgeschiedenis ligt besloten in artikel 7 IVRK.

In de ontwikkelingspsychologische en pedagogische literatuur bestaat overigens geen enkele aanwijzing dat een genetische en/of biologische relatie tussen ouders en kinderen een noodzakelijke, laat staan voldoende voorwaarde is voor goed ouderschap.⁶⁷

Zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen

Doorgaans ontwikkelt het kind al in een vroeg stadium een band met zijn ouders of verzorgers. In het leven van kinderen kunnen zich relaties met andere personen ontwikkelen die voor het kind een belangrijke inhoud kunnen krijgen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als een of meer personen betrokken zijn geweest bij de voortplanting van het

66
67

Van Raak-Kuiper 2007, p. 131-168.
Parke 2013, p. 113 e.v. en Golombok 2015, p. 199.

kind en na de geboorte ook rechtstreeks betrokken zijn geweest bij de opvoeding en regelmatig contact of omgang met het kind hebben gehad. Het kan gaan om zaaddonoren, eiceldonoren of draagmoeders. Het behoort tot de ouderlijke verantwoordelijkheid om het kind de gelegenheid te geven deze relaties te continueren. Deze verplichting heeft ten minste raakvlakken met het recht op bescherming van het privéleven van het kind, hetgeen ook dient te worden geëerbiedigd door de ouders.

Samenvattend en betekenis:

De Staatscommissie onderscheidt binnen ouderschap zeven kernen. Deze kernen zouden voor ieder kind beschikbaar moeten zijn: 1) een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment, 2) continuïteit in de opvoedingsrelatie, 3) verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn, 4) opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie, 5) het organiseren en monitoren van de opvoeding in het gezin, de school en het publieke domein, 6) zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit en 7) zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen. Naar het oordeel van de Staatscommissie vormen deze zeven kernen een invulling van het belang van het kind.

Tevens kunnen de bovengenoemde zeven kernen fungeren als criteria voor de beoordeling van ouderschap. De invulling die per kern wordt gegeven, kan verschillen. Op welke wijze invulling moet worden gegeven aan iedere kern, is niet in het algemeen vast te stellen. Wel is duidelijk dat de invulling van deze kernen in totaliteit goed genoeg moet zijn. De zeven kernen vormen daarmee een handvat voor het bewaken van de ondergrens van voldoende ouderschap of opvoederschap. Waarborgen voor een adequate invulling van deze zeven kernen moeten in iedere regeling van afstamming en gezag aanwezig zijn.



02 UITGANGSPUNTEN VAN WETGEVING

2.1 INLEIDING

Zorgen voor een kind is voor veel mensen een verrijking van hun leven. De keuze om ouder te willen worden is iets bijzonders en ingrijpends: het kan leiden tot een nieuw leven, een nieuw mens met eigen belangen en rechten. Die belangen staan naast, maar soms ook tegenover de belangen van de wensouders. Het is daarom belangrijk dat duidelijk is geregeld wie een kind tot ouders heeft, wat hun onderlinge verhouding (relatie) is en wie verantwoordelijk is om te beslissen over de opvoeding en verzorging van het kind. Het antwoord op de vraag in hoeverre de overheid daarbij moet, kan of mag sturen, wordt in dit hoofdstuk verkend. Die verkenning splitst zich uit in verschillende onderdelen. Ten eerste wordt ingegaan op de functie van wetgeving: wat wil en kan de overheid nastreven met wetgeving op het terrein van afstamming en opvoeding, en wat vindt de Staatscommissie wenselijk dat de overheid nastreeft? Vervolgens wordt kort ingegaan op de vraag wat de overheid op dit terrein moet doen en wat zij moet laten. De buitengrenzen aan het optreden van de overheid worden gevormd door de grondrechten. Verschillende grondrechten vormen overwegingen bij mogelijke aanpassingen die de Staatscommissie zal voorstellen. Waar dat aan de orde is in dit advies, komen die grondrechten uitgebreid aan bod. Hier wordt met name ingegaan op de plaats van grondrechten in het Nederlandse recht en de algemenere betekenis van grondrechten voor wetgeving op het terrein van afstamming en opvoeding. Ten slotte wordt nog ingegaan op de praktischere vraag aan welke voorwaarden wetgevend optreden door de overheid moet voldoen.

2.2 DE FUNCTIE VAN WETGEVING

De functie van de overheid in de maatschappij staat niet vast, maar verandert met de opvattingen in een bepaalde tijd. De functie van wetgeving verandert mee met die opvattingen. Wetgeving kan worden ingezet om een norm te stellen en om de maatschappij te ordenen. Maar wetgeving kan ook andere functies hebben: wetgeving kan rechtsbescherming bieden tegen de overheid of tegen anderen. Wetgeving kan een ontstane praktijk verankeren. Met wetgeving kan worden geprobeerd om groepen in de samenleving te emanciperen. Soms is duidelijk dat wetgeving weinig zal veranderen aan de praktijk, maar wil de overheid toch een signaal

afgeven. Dan heeft wetgeving een symbolische functie. In vrijwel alle gevallen zal wetgeving rechtszekerheid (trachten te) bieden aan burgers en bedrijven. Vaak heeft wetgeving zo meerdere functies tegelijk.¹ In Nederland geldt als uitgangspunt dat, als de overheid iets wil bereiken met een wet, de noodzaak daarvan elke keer duidelijk zal moeten zijn: *Tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen wordt alleen besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan.*² Of een regeling nuttig en noodzakelijk is, zal afhangen van het doel dat de overheid ermee heeft.

In het verleden werd wetgeving op het terrein van ouderschap in de eerste plaats ingezet om een norm te stellen en zo de maatschappij te ordenen: *‘De aanvaarding van het monogame huwelijk, als den maatschappelijk erkenden vorm van samenleving van man en vrouw, brengt logisch met zich, dat er onderscheid gemaakt moet worden tusschen kinderen, die uit zoodanig huwelijk geboren zijn, en die, welke daarbuiten of zelfs in strijd met de huwelijkswet verwekt zijn. De wetgever, die overtuigd is, dat de maatschappelijke orde het best gediend is door een strenge inachtneming der in onze samenleving geldende, mede in het Christendom wortelende huwelijksmoraal, zal zich er voor hoeden het geenszins kunstmatige, doch in het rechtsbewustzijn des volks zelfs verankerde onderscheid tusschen deze verschillende soorten kinderen te verdoezelen.’*³

Hoezeer gedateerd dit citaat ook klinkt, de wijzigingen van het afstammingsrecht bleven ook later gekleurd door morele opvattingen over de wenselijke gezinsvorm. Zo is de keuze om bij de grote herziening van het afstammingsrecht (1998)⁴ nauw te blijven aansluiten op de biologische afstamming waarschijnlijk hierdoor mede ingegeven, al werd dit niet zo expliciet gesteld.⁵ Het traditionele man/vrouw-huwelijk vormde nog altijd de basis vanwaaruit werd geredeneerd. Wel werd in de voorbereiding

1 Veerman 2007, p. 127 e.v.

2 Aanwijzing 6 lid 1 Aanwijzingen voor de regelgeving.

3 Kamerstukken II 1939/40, 55, 1, p. 1.

4 Stb. 1997, 772, in werking getreden op 1 april 1998.

5 In de Memorie van Toelichting werd juist gesteld dat de minister niet de maatschappelijke opvatting wilde sturen: *‘Zoals ook in het afstammingsrecht de aansluiting bij de natuurlijke afstamming niet wordt verlaten, ben ik van oordeel dat dat ook in het adoptierecht niet zou moeten gebeuren. Ik heb verder niet de indruk dat maatschappelijke opvattingen over huwelijk en gezin zodanig zijn geëvolueerd dat voor dit onderdeel van het familierecht van een duidelijke en bestendige lijn wat betreft degenen die mogen adopteren – in het bijzonder gaat het dan om twee personen van dezelfde kunne – kan worden gesproken. Ook in dit onderdeel van het familierecht moet dan niet voorop gelopen worden en als het ware maatschappelijke opvattingen (te zeer) in een bepaalde richting geduwd worden’.* Zie Kamerstukken II 1995/96, 24649, 3, p. 14.

van deze wijziging overwogen dat een wettelijk systeem moet aansluiten op de bestaande feitelijke situaties, ook als die niet gelijklopen met de biologische afstamming.⁶ Sluit een stelsel niet (meer) aan op de feitelijke situatie, dan verliest het een deel van zijn functie. In de opdracht aan de Staatscommissie wordt ook nadrukkelijk verwezen naar technologische en maatschappelijke ontwikkelingen die leiden tot nieuwe mogelijkheden en inzichten en veranderende gezinssamenstellingen. De Staatscommissie staat daarmee voor de vraag of het huidige afstammings- en gezagsrecht nog aansluit op de feitelijke situaties en welke functie het afstammings- en gezagsrecht zou moeten vervullen.

Het overgrote deel van de kinderen heeft zijn genetische ouders als opvoeders en verzorgers. De aansluiting van juridisch ouderschap op de natuurlijke afstamming ligt dan ook voor de hand. Er groeien echter ook steeds meer kinderen op in gezinnen waarvoor natuurlijke afstamming niet de basis vormt of waarbij niet alle ouders/verzorgers de juridische ouders zijn. Het gezin in de samenleving is in de afgelopen decennia veranderd: van het kerngezin met vader, moeder en kinderen in de jaren vijftig naar een veelheid van samenlevingsvormen nu.⁷ Dit hangt onder meer samen met de emancipatie van de vrouw, de toegenomen (echt) scheidingen en de daarmee samenhangende opkomst van stiefgezinnen en andere samengestelde gezinnen (*'patchwork families'*) en de toegenomen openlijke seksuele diversiteit en de eveneens toegenomen acceptatie daarvan in de Nederlandse samenleving. Op deze ontwikkeling wordt nader ingegaan in Hoofdstuk 3, Maatschappelijke ontwikkelingen, waarin de omvang van de diversiteit in gezinnen in beeld wordt gebracht. De maatschappelijke acceptatie van diversiteit in samenlevingsvormen is ook toegenomen.⁸ De Wet lesbisch ouderschap,⁹ waardoor een kind dat is geboren binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen, van rechtswege beide vrouwen als juridisch ouder heeft, althans in geval van aanvankelijke anonimiteit van de zaaddonor, markeert deze toegenomen acceptatie.

6 Zoals overwogen in de notitie van 7 september 1995 inzake 'Leefvormen in het familierecht', Kamerstukken II 1995/96, 22700, 5, p. 3.

7 De Graaf 2011, Parke 2013 en Golombok 2015.

8 Rijken & Liefbroer 2011.

9 Stb. 2013, 480, in werking getreden op 1 april 2014.

De Staatscommissie constateert dat het in de loop van de tijd steeds minder aanvaardbaar werd geacht als de overheid normerend optreedt op het gebied van de keuze voor leefvormen en opvoedingsarrangementen. Meer en meer is als uitgangspunt aanvaard dat mensen vrij zijn om hun persoonlijke leven en gezinsleven in te richten op een manier die zij zelf goed achten. Die vrijheid kent wel grenzen. Buitengrenzen worden gevormd door de belangen en rechten van anderen. Relaties waarin dwang een rol speelt, worden niet geaccepteerd en de belangen en rechten van kinderen dienen door de overheid te worden gewaarborgd in afstammingsrelaties en opvoedingssituaties.

Uitgangspunt:

De Staatscommissie neemt als uitgangspunt dat wetgeving bescherming moet bieden aan kinderen en andere betrokkenen binnen afstammingsrelaties en aan kinderen binnen opvoedingssituaties. Dit kan betekenen dat voorwaarden worden gesteld aan de vorming van bepaalde afstammingsrelaties, maar het kan ook betekenen dat de bestaande leefsituatie van een kind moet worden erkend. Binnen die voorwaarden moet wetgeving zoveel mogelijk de keuzevrijheid van betrokkenen waarborgen en ruimte bieden voor bestaande en toekomstige diversiteit in de maatschappij.

2.3 DE BUITENGRENZEN, GRONDRECHTEN

De buitengrens van wat de overheid kan en mag doen, wordt voor een deel gevormd door de grondrechten van de burgers. De overheid moet de persoonlijke levenssfeer van personen en gezinnen respecteren.¹⁰ Zij moet zich daarom in beginsel afzijdig houden. Dit sluit aan bij de eerder genoemde vrijheid van mensen om hun persoonlijke leven en gezinsleven in te richten op een manier die zij zelf goed achten. Maar er zijn grenzen; de overheid is ook verplicht om kinderen te beschermen.¹¹ Kindermishandeling is allang geen privézaak meer.¹² Van de overheid wordt verwacht dat zij ouders ondersteunt bij de opvoeding en ingrijpt als een kind gevaar dreigt te lopen. Maar ook buiten het gezin heeft de

10 Artikel 10 Grondwet, artikel 8 EVRM, artikelen 5 en 18 IVRK, artikelen 7 en 24 lid 3 Hv-EU.

11 Artikel 11 Grondwet, artikelen 3 en 8 EVRM, artikel 19 IVRK.

12 Bucx & Bot 2012, p. 32.

overheid een taak bij de ontwikkeling en veiligheid van kinderen, bijvoorbeeld op het terrein van onderwijs,¹³ speelgelegenheden,¹⁴ verkeersveiligheid en gezondheidszorg.¹⁵ Ook in het afstammings- en gezagsrecht balanceert de overheid tussen ruimte geven en bescherming bieden. Het afstammings- en gezagsrecht is van openbare orde – de burger heeft alleen de keuzes die in de wet staan om juridisch ouder te worden of om gezag over een kind te krijgen. Waar die regels knellen, kunnen grondrechten helpen om ruimte te bieden aan de maatschappelijke realiteit, bijvoorbeeld als er een wettelijke termijn geldt voor het wijzigen van een afstammingsrelatie, terwijl pas na afloop van die termijn de behoefte aan een wijziging voldoende concreet is geworden.

Op de grondrechten die zijn opgenomen in de Grondwet, kan doorgaans niet direct een beroep worden gedaan voor de Nederlandse rechter. In diezelfde Grondwet is namelijk bepaald dat de rechter niet mag oordelen over de vraag of wetten in overeenstemming zijn met de Grondwet (artikel 120 Grondwet).¹⁶ Dit is anders voor grondrechten die zijn opgenomen in verdragen. Daarbij moet in de eerste plaats worden gewezen op artikel 8 van het EVRM, in het bijzonder de in het eerste lid van dit artikel genoemde elementen ‘privéleven’ (*‘private life’*, *‘vie privée’*) en ‘familie- en gezinsleven’ (*‘family life’*, *‘vie familiale’*).¹⁷ Daarnaast is ook het IVRK van groot belang geweest (zie hierover uitgebreid Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, en Hoofdstuk 7, Gezag). Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Hv-EU) speelt daarnaast in toenemende mate een rol. Maar er zijn meer verdragen die hierbij een rol (kunnen) spelen, zoals het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (VN-Vrouwenverdrag),¹⁸ het Internationaal Verdrag inzake

13 Artikel 23 Grondwet, artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM, artikel 28 IVRK, artikel 14 Hv-EU.

14 Artikel 31 IVRK.

15 Artikel 22 Grondwet, artikel 24 IVRK, artikel 35 Hv-EU.

16 Artikel 120 Grondwet luidt:

‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen’.

17 Artikel 8 EVRM luidt:

‘1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’.

Naast artikel 8 EVRM zijn voor het personen- en familierecht ook de artikelen 6 (recht op toegang tot de rechter), 12 (recht te huwen) en 14 (recht op gelijke behandeling) in het bijzonder van belang.

18 Trb. 1980, 146, Trb. 1981, 61 en Trb. 1991, 134.

Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)¹⁹ en het Europees Sociaal Handvest.²⁰ Deze verdragen werken rechtstreeks door in de nationale rechtsorde. De overheid is daarmee in al haar handelen aan deze verdragsverplichtingen gebonden.²¹

Of op verdragsbepalingen een direct beroep kan worden gedaan bij de Nederlandse rechter, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de desbetreffende bepaling ook ‘een ieder verbindend’ is in de zin van artikel 93 Grondwet. In dat geval is de bepaling ‘rechtstreeks werkend’. Als er strijd is tussen een ‘een ieder verbindende’ verdragsbepaling en nationaal recht, heeft de verdragsbepaling voorrang op grond van artikel 94 Grondwet.²² Van de bepalingen van het EVRM en het IVBPR wordt in het algemeen aangenomen dat deze rechtstreekse werking hebben.²³ Voor het IVRK is nog niet in alle gevallen duidelijk of zo’n beroep mogelijk is, al is voor een groot aantal bepalingen inmiddels vastgesteld dat dit wél het geval is.²⁴ Op terreinen die vallen ‘binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie’,²⁵ kan ook het Hv-EU een belangrijke bron van grondrechtenbescherming zijn.²⁶ Voor het VN-Vrouwenverdrag en het Europees Sociaal Handvest verschilt de rechtstreekse werking per artikel.²⁷ Ongeacht of het mogelijk is om voor de rechter een beroep te doen op een van de relevante verdragsbepalingen, is de Nederlandse staat als verdragspartij gebonden om uitvoering te geven aan deze bepalingen. Bij het vaststellen van wetgeving (en bij het opstellen van het advies van de Staatscommissie) zal dan ook met alle relevante bepalingen rekening moeten worden gehouden.

19 *Trb.* 1969, 99 en *Trb.* 1978, 177.

20 Met name overwegingen 16 en 17 en artikel 7 van het Europees Sociaal Handvest, *Trb.* 2004, 13.

21 Barkhuysen 2004, p. 46.

22 Artikel 94 Grondwet luidt:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties’.

23 Barkhuysen 2004, p. 46; Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 15 en Vlemminx & Meuwese 2013.

24 De Graaf e.a. 2012, De Graaf e.a. 2015, Liefwaard & Doek 2015.

25 Toelichting op artikel 51 lid 1 Hv-EU.

26 De Mol 2014.

27 Artikel 7 van het VN-Vrouwenverdrag heeft wél rechtstreekse werking: HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema, artikel 11 heeft dat niet: HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354, m.nt. M.R. Mok.

Artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest heeft rechtstreekse werking: HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688, m.nt. P.A. Stein.

Artikel 8 EVRM omvat het recht op bescherming van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, alsmede de voorwaarden van inmenging in het privéleven en in het familie- en gezinsleven door de overheid. Het IVRK biedt een nadere invulling van artikel 8 EVRM voor de positie van het kind en tot op zekere hoogte ook voor diens ouders en verzorgers. In de rechtspraak van het aan het EVRM verbonden EHRM wordt regelmatig verwezen naar het IVRK om het belang van het kind in te vullen.

Het begrip *family life* is in de context van artikel 8 EVRM een kernbegrip. Indien wordt vastgesteld dat een relatie onder *family life* valt, bestaat tevens een aanspraak op de bescherming van artikel 8 EVRM. Het al dan niet bestaan van *family life* is afhankelijk van de feitelijke vraag of er nauwe persoonlijke betrekkingen bestaan tussen twee (of meer) personen. *Family life* is bijvoorbeeld aanwezig tussen de geboortemoeder en het kind²⁸ – in sommige gevallen ook na adoptie²⁹ –, tussen de juridische ouders en het kind en, in veel gevallen, tussen de genetische vader en het kind.³⁰ Valt de relatie tussen de genetische vader en het kind niet onder *family life*, dan valt deze relatie in ieder geval onder het ook beschermde privéleven van de man.³¹

De regeling van afstamming en gezag in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek stelt beperkingen aan het familie- en gezinsleven, doordat dwingend wordt bepaald wie van wie afstamt en wie over een kind het gezag heeft. Dit soort beperkingen, maar ook maatregelen die worden genomen of juist niet worden genomen ten behoeve van kinderen, zullen aan de hand van de hiervoor genoemde grondrechtenverdragen moeten worden beoordeeld op hun toelaatbaarheid. Ook de procedures in dit verband zouden in het licht van artikel 8 EVRM moeten worden beoordeeld. Het is onmogelijk om hierover in zijn algemeenheid te oordelen; dit is immers afhankelijk van de inhoud en betekenis van de verdragsbepaling en de inhoud van de beperking. Daarbij spelen ook het doel van de beperking en de afwegingen die daarbij zijn gemaakt, een belangrijke rol. Wel is een aantal uitgangspunten te noemen, die terugkeren in de verschillende verdragen en verdragsbepalingen.

28 EHRM 13 juni 1979, 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*).

29 EHRM 8 januari 2009, 37956/11 (*A.K. en L/Kroatië*), maar niet na een vrijwillige afstand van het kind: EHRM 13 januari 2009, 33932/06 (*Todorova/Italië*).

30 EHRM 15 september 2011, 17080/07, EHRC 2011/159, m.nt. J.H. Gerards (*Schneider/Duitsland*).

31 EHRM 22 maart 2012, 45071/09 (*Ahrens/Duitsland*).

Toegankelijkheid van de rechtsregel

Iedere maatregel die een inbreuk maakt op grondrechten, zal in overeenstemming moeten zijn met het recht.³² Het EHRM heeft in zijn rechtspraak eisen gesteld aan de kwaliteit van de desbetreffende wettelijke bepaling. Deze moet toegankelijk zijn voor de burgers. Op basis van de wet moet het voor burgers duidelijk (kunnen) zijn welke regels op hen van toepassing zijn en welke consequenties aan bepaalde handelingen zijn verbonden (voorzienbaarheid). Daarmee biedt de wet tevens bescherming tegen willekeur. Hoe nauwkeurig een wettelijke regeling moet zijn, is afhankelijk van het soort regeling en het soort terrein waarop de regeling betrekking heeft. In sommige gevallen is een algemeen criterium als ‘het belang van het kind’ onvermijdelijk. Maar steeds zal zo specifiek mogelijk moeten worden gemaakt aan welke criteria moet worden voldaan, wil een grondrecht kunnen worden beperkt.

Noodzaak (subsidiariteit en proportionaliteit)

Een te nemen beperking moet noodzakelijk zijn om het gestelde doel te bereiken. Dat wil niet altijd zeggen dat er geen andere mogelijkheid zou kunnen bestaan om een bepaald doel (bijvoorbeeld: de bescherming van het kind of van de bestaande gezinssituatie) te bereiken. Afhankelijk van de aard van het grondrecht en de beperking daarvan heeft de overheid meer of minder ruimte in de keuze voor een bepaald doel en middel. De maatregel moet in ieder geval geschikt zijn om bij te dragen aan het bereiken van het gestelde doel. De beperkingen of maatregelen moeten daarbij in een redelijke verhouding staan tot dat doel (proportionaliteit). De Staat moet bij het nemen van een maatregel de proportionaliteit ook beoordelen: de negatieve effecten van een maatregel moeten serieus worden meegewogen bij de beslissing. Er mag dan ook geen minder ingrijpende maatregel voorhanden zijn om hetzelfde doel te bereiken (subsidiariteit).³³

Toegang tot de rechter

Indien grondrechten worden beperkt, bijvoorbeeld omdat het ouderlijk gezag van een ouder wordt beëindigd of omdat de omgang tussen een ouder en een kind wordt beperkt, moeten de betrokkenen zich tegen een dergelijke beperking kunnen verweren bij de rechter.³⁴ De toegang tot de

32 Codificatie is niet altijd nodig, ook rechtspraak kan een basis vormen; zie bijvoorbeeld EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 46-53.

33 Van Dijk e.a. 2006, p. 341.

34 Artikel 6 EVRM, artikel 47 Hv-EU, artikel 2 IVBPR.

rechter kan echter worden beperkt als dat nodig is ter bescherming van de rechten van anderen, zoals het belang van het kind bij bescherming van de bestaande gezinssituatie.³⁵ Als het om kinderen gaat, speelt de stem van het kind steeds zichtbaarder een rol van betekenis, zie Hoofdstuk 1, Belangen en rechten van het kind. Maar ook ouders hebben een sterke rechtspositie.

Samenvattend en betekenis:

De Nederlandse overheid is gebonden aan verschillende internationale grondrechtenverdragen. De bescherming van het familie- en gezinsleven van kinderen en ouders/verzorgers is daarin vastgelegd. Maar ook andere belangen van kinderen zijn in deze grondrechten verankerd. Grondrechten kunnen de overheid beperken in haar mogelijkheden om regels te stellen (negatieve verplichtingen), maar ook verplichten om in te grijpen (positieve verplichtingen).

Voor de Staatscommissie betekent dit dat, waar zij komt tot voorstellen voor een aanpassing van het personen- en familierecht, zij steeds de verhouding van deze aanpassingen tot de grondrechten in het oog moet houden. Daarbij moet de noodzaak van te nemen maatregelen en te hanteren grenzen steeds voldoende worden onderbouwd. Bovendien dient steeds zo concreet mogelijk te worden gemaakt welke criteria gelden voor welke situatie. Waar een beslissing wordt overgelaten aan de rechter, worden zoveel mogelijk handvatten geboden voor de rechterlijke beoordeling.

2.4 EISEN AAN WETGEVING – BESTENDIGHEID, TERMINOLOGIE EN BEGRIPPEN

Als de overheid regels maakt, zijn er ook andere algemene uitgangspunten waaraan moet worden voldaan. Die uitgangspunten volgen uit het staatsrecht en zijn deels opgenomen in algemene kaders voor wetgeving, de 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.³⁶ Als een regeling de aanwijzingen niet volgt, betekent dit niet dat de regeling niet geldt. Wel helpen de aan-

35 EHRM 19 juni 2003 (ontvankelijkheidsbeslissing), 46165/99 (*Nekvedavicius/Duitsland*).

36 Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2011, 6602. Een aanvullend kader wordt gevormd door het toetsingskader van de Afdeling advisering van de Raad van State; zie www.raadvanstate.nl.

wijzingen bij het voldoen aan de algemene staatsrechtelijke, bestuursrechtelijke én taalkundige eisen.

De aanwijzingen gaan bijvoorbeeld over de onderbouwing voor het stellen van regels door de overheid, de duidelijkheid en eenvoud van regelingen en een bestendig karakter daarvan. Een regeling is bestendig als deze niet vaak hoeft te worden gewijzigd. Bestendigheid lijkt een uitdaging op het terrein van zowel het afstammingsrecht als het gezagsrecht, waar ontwikkelingen elkaar de laatste jaren snel hebben opgevolgd. Die ontwikkelingen bevinden zich zowel op maatschappelijk en juridisch vlak als op medisch terrein. De mogelijkheid van eiceldonatie maakt dat niet langer altijd ervan kan worden uitgegaan dat de geboortemoeder ook zeker de genetische ouder van het kind is. Naast breed uitgemeten berichten over in Engeland toegelaten genetisch meerouderschap³⁷ wordt ook gewerkt aan technieken op basis waarvan een kind (vooralsnog een muis) wordt geboren dat genetisch verwant is aan twee mannen en niet aan een vrouw.³⁸ Ook wordt gewerkt aan de ontwikkeling van foetussen buiten een baarmoeder (ectogenese).³⁹ Als deze technieken op termijn ook op mensen kunnen worden toegepast en dit maatschappelijk aanvaardbaar zou worden bevonden, is ook de rol van de vrouw als leverancier van de eikel en als geboortemoeder niet meer (zo) vanzelfsprekend. Tegelijk zijn er ook grenzen aan ontwikkelingen waarmee rekening kan worden gehouden. ‘Ectogenese’ lijkt op dit moment nog ver weg. (Zie voor de technische ontwikkelingen in de voortplantingsgeneeskunde, en dan met name de reeds reëel bestaande mogelijkheden, verder Hoofdstuk 4, Medische ontwikkelingen en ethische vragen.)

Om de kenbaarheid te vergroten dienen bepalingen ook zo beknopt mogelijk te worden geformuleerd.⁴⁰ Het normale spraakgebruik wordt daarbij zoveel mogelijk gevolgd. Woorden waarvan de betekenis te weinig bepaald of onduidelijk is, worden niet gebruikt.⁴¹ Een regel moet zo weinig mogelijk ruimte laten voor interpretatieverschillen; uitzonderingsbepalingen moeten tot een minimum worden beperkt. Regels moeten

37 In Engeland is op 29 oktober 2015 een aanpassing van de ‘Human Fertilisation and Embryology Act 2008’ van kracht geworden, waardoor het mogelijk wordt om in één eikel het mitochondriaal DNA te combineren met de DNA-kern van een andere eikel (‘The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015’).

38 Min Deng e.a. 2010.

39 Heerkens 2014.

40 Aanwijzing 52 Aanwijzingen voor de regelgeving.

41 Aanwijzing 54 Aanwijzingen voor de regelgeving.

zoveel mogelijk zijn gericht op zichtbare dan wel objectief constateerbare feiten.⁴² Deze aspecten hebben uiteraard ook direct effect op de uitvoerbaarheid van een regeling.

Eenieder die zich verdiept in de huidige wetgeving op het terrein van het afstammings- en gezagsrecht, zal constateren dat deze regeling niet eenvoudig toegankelijk is,⁴³ dat het normale spraakgebruik lang niet altijd wordt gevolgd en ook dat deze in de afgelopen jaren aan veel veranderingen onderhevig is geweest. Het afstammings- en gezagsrecht kent een aantal vaste begrippen met specifieke betekenis. Waar in de wet wordt verwezen naar de ‘vader’ van een kind, wordt de juridische vader bedoeld. Dat hoeft niet de genetische vader te zijn. Maar op een enkele plaats heeft de wet het ook over de ‘biologische vader’, in dat geval wordt niet verwezen naar de juridische vader, maar naar de genetische vader. Het gebruik van vaste begrippen heeft belangrijke voordelen: de betekenis van de wet staat daardoor vast en is helder voor diegenen die zijn ingewijd in de betekenis van de gebruikte begrippen. De eerste en voornaamste rol van begrippen in wetteksten is om de wettekst hanteerbaar te maken, te onderscheiden welke situaties wél en welke niet onder een bepaalde regeling vallen.

Het gebruik van vaste begrippen heeft ook nadelen: het ordenen van begrippen vormt categorieën en sluit daarmee ook personen buiten. De man die in alle opzichten optreedt als vader van een kind, maar die niet de genetische of juridische vader is, zal vergeefs op zoek gaan naar een wettelijke erkenning van zijn sociale ouderschap als ‘vaderschap’. Hij zal erkenning moeten vinden in andere begrippen die wél op hem van toepassing zijn, zoals ‘degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat’. Maar dat begrip is op juridisch en ook op emotioneel niveau ver verwijderd van het zijn van ‘vader’. Wellicht wordt deze sociale vader ook als stiefouder gekwalificeerd, waarmee hij valt onder de omschrijving van de onderhoudsplichtigen ten opzichte van het kind. Maar ook dat raakt waarschijnlijk niet de kern van de door deze persoon gevoelde rol.

Begrippen zijn dus niet enkel een ‘kleurloos’ ordeningsinstrument, waarbij het aan de wetgever en de rechter is om inhoud te geven aan de

42

Toelichting op aanwijzing 11 Aanwijzingen voor de regelgeving.

43

Zie ter illustratie in dit verband ook het grote gezagschema, Nuytink 2002.

reikwijdte. Zij hebben ook een symbolische betekenis die verder reikt dan de juridische betekenis. In het familierecht worden begrippen als moeder, vader en kind gebruikt om een relatie tussen personen aan te geven. Maar het begrippenkader dat de wet kent, is onvermijdelijk beperkter dan de veelzijdigheid aan sociale relaties die bestaan tussen kinderen en hun verzorgers. De wet bepaalt door het gebruik van begrippen ook welke relaties voor erkenning in aanmerking komen en welke niet.⁴⁴ Zij bepaalt met het antwoord op de vraag wat iemand tot ouder maakt, ook wat ouderschap inhoudt.⁴⁵ Illustratief in dat verband is de discussie die is gevoerd rond de wet ‘lesbisch ouderschap’ over de vraag of de tweede moeder ‘meemoeder’ dan wel ‘duomoeder’ of simpelweg ‘moeder’ zou moeten heten, en hoe de geboortemoeder dan zou moeten worden onderscheiden van de moeder uit wie het kind niet is geboren.⁴⁶

Wat geldt voor wetgeving, geldt ook voor een advies ten behoeve van een mogelijke aanpassing van wetgeving. De Staatscommissie wil zo duidelijk mogelijk zijn in haar omschrijving van sociale situaties, het huidige wettelijke kader én in voorstellen voor aanpassing van de wet. In Bijlage II is daarom een begrippenlijst te vinden, waaruit blijkt wat de Staatscommissie bedoelt als zij een bepaalde term hanteert.

De Staatscommissie is zich bewust van het feit dat begrippen een emotionele lading of symbolische betekenis kunnen hebben. Neutraliteit is niet te bereiken, maar in de keuze voor begrippen en hun omschrijving wordt dit wel zoveel als mogelijk nagestreefd. Waar mogelijk wordt gekozen voor een sekseneutrale omschrijving.⁴⁷ Waar de wet consequenties verbindt aan het geslacht van de betrokken persoon, wordt het geslacht tot uitdrukking gebracht. Voor sommige begrippen is het niet goed mogelijk om de betekenis met een simpele omschrijving vast te leggen. Deze begrippen zullen daarom in het rapport nader worden uitgediept. In die gevallen wordt in de begrippenlijst volstaan met een technische omschrijving.

44 Swennen & Croce 2015, p. 16-17.

45 Henstra 2002, p. 81 e.v.

46 Nuytinck 2010, alsmede Swennen & Croce 2015, p. 10-12.

47 Dit is in lijn met het verzoek van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk en wenselijk is om in de wetgeving over het ouderschap af te zien van vermelding van het geslacht; zie *Kamerstukken II* 2015/16, 27859, 82, p. 2.

Uitgangspunt:

De Staatscommissie wil dat regelgeving die zij voorstelt, begrijpelijk is en zo eenvoudig en bestendig mogelijk is geformuleerd. Ook al is de materie die de Staatscommissie behandelt, technisch en juridisch soms vrij ingewikkeld, de uitgangspunten moeten voor iedereen zijn te doorgronden.

Begrippen zijn niet enkel een 'kleurloos' ordeningsinstrument, maar hebben ook een symbolische betekenis die verder reikt dan de juridische betekenis. Neutraliteit is niet te bereiken, maar in de keuze voor begrippen en hun omschrijving wordt dit wel zoveel als mogelijk nagestreefd. Waar mogelijk wordt gekozen voor een sekseneutrale omschrijving.

2.5 EISEN AAN WETGEVING – UITVOERBAAR EN HANDHAAFBAAR

Wetgeving moet werkbaar zijn voor de mensen die ermee te maken krijgen. Het afstammings- en gezagsrecht is van belang voor iedereen die moeder of vader is of wordt, en voor alle kinderen, opa's en oma's en andere familieleden. Iedereen wordt erdoor geraakt. In de dagelijkse praktijk zijn deze rechtsgebieden in het bijzonder van belang voor professionals die te maken krijgen met beslissingen van en over kinderen. Dat zijn bijvoorbeeld artsen, leerkrachten, advocaten, notarissen, ambtenaren van de burgerlijke stand, de raad voor de kinderbescherming en rechters. De laatste drie zijn, samen met het Openbaar Ministerie, ook belast met de handhaving van dit onderdeel van het familierecht.

De Aanwijzingen voor de regelgeving bepalen dat eerst moet worden nagegaan of een regel (voldoende) is te handhaven, voordat hij wordt vastgesteld. Hierbij wordt onderzocht op welke manier het best kan worden gehandhaafd, via het strafrecht, via het bestuursrecht of door burgers zelf via het burgerlijk (civiele) recht.⁴⁸ Zowel civielrechtelijke als strafrechtelijke handhaving komen in het afstammings- en gezagsrecht voor.

Een regeling wordt zo ingericht dat zij zo weinig mogelijk conflicten oproept. Om dat te bereiken wordt het aantal toets- of beslismomenten in de regeling, waaraan bijvoorbeeld een rechter te pas moet komen, tot

een minimum beperkt.⁴⁹ Een juridisering van verhoudingen is meestal onwenselijk en kan leiden tot verharding van standpunten. Een gang naar de rechter is kostbaar, voor de burger én voor de overheid. Ook als geen gang naar de rechter is ingebouwd, wordt gestreefd naar zo beperkt mogelijke lasten voor burgers én overheid.⁵⁰

Het is duidelijk dat in het dagelijks leven conflicten over afstamming en gezag met enige regelmaat voorkomen. Een regeling voor afstamming en gezag kan die ruzies niet voorkomen. In sommige gevallen worden juridische procedures voorkomen door betrokkenen een juridische positie of een rechtsingang te ontzeggen. Dit kan noodzakelijk zijn voor het beschermen van het familie- en gezinsleven van anderen. De rechtsbescherming van alle betrokken partijen moet echter wel op orde zijn. Dat is ook op grond van de rechtspraak over artikel 8 EVRM noodzakelijk.

Uitgangspunten:

De Staatscommissie neemt als uitgangspunt dat een voor te stellen regeling uitvoerbaar en handhaafbaar moet zijn. Het aantal toets- of beslismomenten in een voor te stellen regeling moet zo beperkt mogelijk blijven.

De rechtsbescherming van alle betrokken partijen dient op orde te zijn. Dat is ook op grond van de rechtspraak over artikel 8 EVRM noodzakelijk. Tegelijkertijd zal een voor te stellen regeling zo min mogelijk aanleiding moeten geven voor conflicten of procedures. Waar een spanning bestaat tussen rechtsbescherming en het vermijden van procedures, beargumenteert de Staatscommissie de door haar gemaakte afweging.

49
50

Aanwijzing 12 aanhef en onder a Aanwijzingen voor de regelgeving.
Aanwijzingen 13 en 14 Aanwijzingen voor de regelgeving.



03 MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN

3.1 INLEIDING

De diversiteit in gezinsvormen is de afgelopen decennia toegenomen. Het 'traditionele' gezin, met een met elkaar gehuwde vader en moeder en één of meer kinderen die zij samen hebben gekregen, vierde zijn hoogtijdagen in de jaren vijftig van de vorige eeuw. Sinds de jaren zestig is het 'traditionele' gezin onder druk komen te staan door tal van sociaal-demografische ontwikkelingen, waarvan de belangrijkste zijn de toename in het aantal scheidingen en de opkomst van het ongehuwd samenwonen.¹ Daarnaast is meer ruimte ontstaan voor paren van gelijk geslacht om een gezin te stichten, onder andere door de emancipatie en toegenomen maatschappelijke acceptatie van seksuele diversiteit en de verruimde juridische en medische mogelijkheden. De toegenomen diversiteit in gezinsvormen is relevant voor het familierecht, gezien de wisselwerking die tussen maatschappelijke ontwikkelingen en het recht bestaat. Veranderingen in families en gezinnen kunnen aanleiding zijn tot wijzigingen in de wetgeving, zodat het familierecht beter aansluit op de veranderende maatschappelijke werkelijkheid. De echtscheidingswet uit 1971, waardoor het gemakkelijker werd om te scheiden, is hiervan een goed voorbeeld. De toelichting op het besluit tot instelling van de Staatscommissie verwijst ook expliciet naar maatschappelijke veranderingen als aanleiding om te komen tot een herijking van het ouderschap. Het is voor de Staatscommissie daarom belangrijk om recente veranderingen in gezinsvormen in kaart te brengen en te identificeren waar mogelijke knelpunten bestaan in de aansluiting tussen de wet en de maatschappelijke praktijk. In dit hoofdstuk worden de ontwikkelingen geschetst die hebben plaatsgevonden in Nederland wat betreft de verschillende typen gezinnen waarin kinderen opgroeien. Daarnaast worden de dilemma's en wensen uit de samenleving geïnventariseerd die naar aanleiding van deze nieuwe gezinsvormen zijn ontstaan.

Vooraf moet worden opgemerkt dat het de Staatscommissie niet is gelukt om het beeld van huidige gezinnen op alle onderdelen compleet te krijgen. Zoals in de volgende paragraaf wordt uiteengezet, wordt voornamelijk gebruik gemaakt van bekende, geregistreerde gegevens om de gezinsvormen in kaart te brengen. Met name over gezagssituaties is weinig bekend, doordat het gezag dat automatisch ontstaat (van rechtswege), niet wordt geregistreerd en doordat de wél geregistreerde gezags-

gegevens, gekoppeld aan de gegevens over ouderschap, niet beschikbaar bleken te zijn. Daarom wordt in dit hoofdstuk alleen ingegaan op juridisch ouderschap en niet op ouderlijk gezag. Daarnaast kunnen niet alle nuances die binnen bepaalde gezinnen bestaan, in beeld worden gebracht, zoals bijvoorbeeld een co-ouderschapssituatie. Omdat gebruik wordt gemaakt van adresgegevens, is het immers zeer wel mogelijk dat kinderen die zijn ingeschreven bij bijvoorbeeld een alleenstaande moeder, in min of meer gelijkwaardig co-ouderschap worden opgevoed door een vader die elders woont.

Ook sommige nieuwe gezinsvormen blijken moeilijk goed in beeld te krijgen. Meerouderschap en meeroudergezag bestaan (in juridische zin) immers niet in Nederland. Het is daardoor onmogelijk om een beeld te krijgen van het aantal kinderen dat opgroeit in een situatie waarin meerdere personen de opvoeding ter hand nemen. Ook over ouderschap van gezinnen met twee vaders blijken weinig gegevens voorhanden. Op het ontbreken van gegevens over deze laatste groep wordt, waar dat in de tekst aan de orde is, uitgebreider ingegaan.

3.2 NIEUWE GEZINSVORMEN: TRENDS

Om trends in kaart te brengen, heeft het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), op verzoek van de Staatscommissie, gegevens geleverd over de gezinssamenstelling. De gegevens zijn afkomstig uit de CBS-huishoudensstatistiek. De gegevens gaan uit van het kind en hebben betrekking op minderjarige kinderen (< 18 jaar), woonachtig in Nederland op twee peildata: 1 januari 1996 en 1 januari 2014. Een vergelijking van de gezinssamenstellingen van kinderen tussen de twee peildata maakt het mogelijk de veranderingen in kaart te brengen over de afgelopen 20 jaar. Alhoewel met het oog op het gezagsrecht minderjarige kinderen het interessantst zijn, komt de focus op minderjarige kinderen ook deels voort uit de beperkingen van de gebruikte gegevens. Op 1 oktober 1994 is de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in werking getreden (inmiddels – op 6 januari 2014 – vervangen door de Wet basisregistratie personen). Bij de overgang naar het nieuwe systeem is veel verbeterd, maar toch blijken gegevens over kinderen die op 1 januari 2014 18 jaar of ouder zijn, minder volledig te zijn dan gegevens van jongere kinderen, en dit geldt in nog sterkere mate voor de gegevens over 1996. Om die reden is besloten het onderzoek te beperken tot kinderen onder

de 18 jaar. Daarnaast is gekozen voor de peildatum 1996 in plaats van 1994 (de vroegst beschikbare datum), omdat de kwaliteit van de gegevens in 1994 discutabel is; de kwaliteit van de statistieken is toegenomen door de jaren heen. Het jaar 1996 is een aanvaardbaar compromis tussen een meetmoment zo ver mogelijk terug in de tijd en het beschikken over data van redelijk goede kwaliteit. Om de analyse niet onnodig te compliceren, zijn kinderen die in het buitenland zijn geboren, niet meegenomen in het onderzoek (4% in 2014 en 5% in 1996); de gegevens over de familierechtelijke betrekkingen zijn dan relatief vaak onbekend. Ook zijn kinderen die niet thuiswonend zijn, dat wil zeggen niet in een kind-ouderrelatie staan tot de volwassenen in het huishouden, niet meegenomen (ongeveer 1% op beide peildata). Deze groep is divers en betreft bijvoorbeeld (langdurige) pleeggezinnen, meer-generatiegezinnen, kinderen in een instelling of zelfstandige huishoudens. Uiteindelijk zijn gegevens gebruikt over 3.254.786 kinderen in 2014 en 3.198.892 in 1996.

Van deze kinderen is informatie gebruikt over de familierechtelijke betrekkingen die het kind heeft: het aantal juridische ouders, het geslacht van de juridische ouders en de datum van ingang van het juridisch ouderschap. Opgemerkt dient te worden dat met name het laatste gegeven (ingangsdatum juridisch ouderschap) in 1996 meer ruis bevat dan in 2014. Omdat kinderen niet altijd bij beide juridische ouders wonen (bijvoorbeeld na een scheiding), is daarnaast informatie gebruikt over de samenstelling van het huishouden waarin het kind woont (in casu het adres waarop het kind bij de basisregistratie personen staat ingeschreven): het aantal juridische ouders bij wie het kind woont, of de ouder alleen woont of als paar, of het paar is gehuwd of geregistreerd partner is dan wel samenwonend en het geslacht van de volwassenen in het huishouden.

De gegevens zijn niet perfect en bevatten soms ruis, bijvoorbeeld omdat bepaalde gegevens niet zijn te achterhalen of omdat verschillende ingangen om een kenmerk te bepalen niet altijd dezelfde uitkomsten opleveren (dat wil zeggen inconsistenties in de data). Toch is gebruik gemaakt van registerdata in plaats van bijvoorbeeld surveygegevens. Registerdata geven een beeld van alle kinderen in Nederland. Administratieve gegevens geven waarschijnlijk een betrouwbaarder beeld dan surveygegevens als het gaat om juridische betrekkingen – mensen zullen zelf niet altijd precies op de hoogte zijn van hun juridische positie.

Alhoewel de registerdata bij uitstek geschikt zijn om trends in kaart te brengen voor relatief vaak voorkomende gezinssamenstellingen, zijn deze minder geschikt voor de beschrijving van trends voor specifieke en relatief minder vaak voorkomende gezinnen, zoals pleeggezinnen en adoptiegezinnen. Voor deze groepen is daarom gebruik gemaakt van andere gegevens, indien deze voorhanden waren (zie de voetnoten bij de desbetreffende paragrafen). Om een vergelijkbare reden ontbreken betrouwbare cijfers over gezinnen van twee mannen, met name waar het gaat om juridisch ouderschap. Deze groep is niet alleen relatief klein, maar vooral ook lastig in kaart te brengen met de beschikbare gegevens: de veel voorkomende manieren om vader te worden voor twee mannen, interlandelijke adoptie en draagmoederschap, zijn namelijk niet eenvoudig uit de registerdata of andere nationale databanken te achterhalen. Overigens moet worden opgemerkt dat, ook wanneer wordt gesproken over relatief kleine groepen kinderen, het nog steeds gaat om honderden of zelfs duizenden kinderen. Waar wordt gesproken over een relatief kleine groep, wordt dan ook in geen enkele zin een kwalificatie gegeven van het belang dat zou moeten worden gehecht aan de positie van deze groep kinderen.

3.2.1 HET 'TRADITIONELE' GEZIN: EEN VERLATEN MODEL?

Het familierecht was en is nog steeds voor een groot deel gebaseerd op de idee van een 'traditioneel' gezin: een gehuwd paar van verschillend geslacht met kinderen die zij samen hebben gekregen (zie Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, en Hoofdstuk 7, Gezag). Immers, gehuwde paren van verschillend geslacht waren tot voor kort² de enige groep die automatisch (van rechtswege) juridisch ouder werden. Om vast te stellen in hoeverre de idee van het 'traditionele' gezin nog opgeld doet, wordt hieronder stapsgewijs nagegaan hoe het zit met de juridische ouders en de huishoudenssamenstelling van de kinderen in de gegevens.

Allereerst staat hieronder in tabel 1 weergegeven wat de familierechtelijke betrekkingen zijn voor kinderen op de twee peildata (1996 en 2014). Zowel in 1996 als in 2014 heeft het overgrote deel van de kinderen in Nederland een juridische vader én een juridische moeder. Op beide peildata betreft het zo'n 96% van de kinderen. De groep kinderen met juridische ouders van gelijk geslacht is verhoudingsgewijs klein. Bedacht

moet worden dat het in 1996 nog niet mogelijk was voor paren van gelijk geslacht om het kind van de partner te adopteren (dit is pas mogelijk sinds 1 april 2001). De kinderen met twee juridische moeders of vaders in 1996 bestaan dan ook waarschijnlijk uit toevallige meetfouten in de data. In 2014 groeien 3383 (0,1%) van de kinderen op bij twee moeders. Slechts bij 21 kinderen is in 2014 sprake van twee juridische vaders. Aan deze gegevens kan weinig waarde worden gehecht. De groep kinderen met twee juridische vaders is moeilijk in beeld te brengen, omdat de belangrijkste manieren voor twee mannen om samen vader te worden op dit moment vaak via het buitenland lopen: adoptie en draagmoederschap. Aangezien de kinderen die in het buitenland zijn geboren, niet zijn meegenomen in deze cijfers, komen al deze kinderen niet in de cijfers terug. Daarnaast zijn er in de gegevens kinderen van wie één of beide juridische ouders onbekend zijn (N = 126781; 3,96% in 1996 en N = 118827; 3,65% in 2014). Onbekendheid van juridische ouder(s) hoeft niet te betekenen dat er geen juridische ouder(s) is/zijn, maar kan ook ruis betreffen, omdat bijvoorbeeld het geslacht van de juridische ouder onbekend is.

Tabel 1:
Familierechtelijke betrekkingen van minderjarige kinderen in Nederland in 1996 en 2014

	Peildatum: 1996		Peildatum: 2014	
	<i>Aantal</i>	<i>%</i>	<i>Aantal</i>	<i>%</i>
Juridische moeder en vader	3071788	96,03	3132555	96,24
Twee juridische moeders	301 ^a	0,01	3383	0,10
Twee juridische vaders	22 ^b	0,00	21 ^c	0,00
Juridische moeder, vader onbekend	109061	3,41	116459	3,58
Juridische vader, moeder onbekend	15846	0,50	2303	0,07
Geen juridische ouders bekend	1874	0,06	65	0,00
Totaal	3198892		3254786	

a In 1996 was het nog niet mogelijk voor twee vrouwen om beiden de juridische ouder van het kind te worden.
b In 1996 was het nog niet mogelijk voor twee mannen om beiden de juridische ouder van het kind te worden.
c Dit getal is onbetrouwbaar. De gegevens brengen het aantal kinderen met twee juridische vaders in 2014 niet volledig in beeld.

Juridisch ouderschap hoeft niet per se samen te vallen met sociaal ouderschap. Kinderen kunnen bijvoorbeeld bij andere volwassenen dan hun juridische ouders opgroeien. Daarom is het van belang om ook te kijken naar de samenstelling van het huishouden waarin kinderen leven. In tabel 2 staat de feitelijke huishoudenssamenstelling weergegeven voor beide peildata.

Tabel 2: Huishoudenssamenstelling van minderjarige kinderen in Nederland in 1996 en 2014

	Peildatum: 1996		Peildatum: 2014	
	Aantal	%	Aantal	%
Man en vrouw, gehuwd	2739997	85,65	2195093	67,44
Man en vrouw, samenwonend	143118	4,47	571367	17,55
Man alleen	28862	0,90	53470	1,64
Vrouw alleen	283842	8,87	426064	13,09
Twee vrouwen, gehuwd	0	0	4887	0,15
Twee vrouwen, samenwonend	2723	0,09	3592	0,11
Twee mannen, gehuwd	0	0	70	0,00
Twee mannen, samenwonend	350	0,01	243	0,01
Totaal	3198892		3254786	

De meerderheid van kinderen groeit op bij een man en een vrouw (gehuwd dan wel ongehuwd): ongeveer 90% (85,65 + 4,47) in 1996 en 85% (67,44 + 17,55) in 2014. Er is echter een verschuiving te zien van gehuwde naar samenwonende paren. Het aandeel kinderen dat opgroeit bij een gehuwd stel van verschillend geslacht, is afgenomen van 86% naar 67%, terwijl het aandeel kinderen bij ongehuwd samenwonende paren van verschillend geslacht is toegenomen van 4% naar 18%. Deze bevindingen komen overeen met de trend dat steeds meer kinderen niet binnen een huwelijk, maar binnen een samenwoonrelatie worden geboren. Recent onderzoek van het CBS laat zien dat 44% van de kinderen buiten het huwelijk worden geboren anno 2014/15, en dit percentage is 52% als het om eerstgeborenen gaat.³ Deze percentages liggen hoger dan de percentages in tabel 2, omdat het in het CBS-onderzoek baby's betreft en

3

CBS (2016), *Ouders van ruim vier op de tien baby's niet getrouwd*. Zie www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd (geraadpleegd op 23 mei 2016).

veel samenwonenden na de geboorte van kinderen gaan trouwen. Ook is een toename te zien van het aantal kinderen dat opgroeit bij een alleenstaande vrouw of alleenstaande man. Het aandeel kinderen dat woont bij een alleenstaande vrouw, is toegenomen van 9% naar 13% en het aandeel dat opgroeit bij een alleenstaande man, van 1% naar 2%. Deze toename is waarschijnlijk toe te schrijven aan de toename in scheidingen en mogelijk de afname in hertrouwen of opnieuw samenwonen. Verder is te zien dat het relatief zelden voorkomt dat een kind opgroeit bij een paar van gelijk geslacht (minder dan 0,3%), maar dat met name het aandeel kinderen dat woont bij twee vrouwen, is toegenomen van 0,09% in 1996 naar 0,26% ($0,15 + 0,11$) in 2014 – bijna een verdrievoudiging. In totaal gaat het daarmee om een aantal van bijna 8500 kinderen. Ook de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht op 1 april 2001 is te zien in tabel 2 (geen huwelijken in 1996 en 0,15% in 2014). Zoals eerder gesteld, zijn de hier gegeven cijfers over kinderen die opgroeien bij twee mannen, lastig op waarde te schatten. Kinderen die zijn geboren in het buitenland, zijn immers buiten deze tabel gehouden. Uit een eerder verschenen rapport van het Sociaal en Cultureel Planbureau bleek dat er in 2009 ongeveer 31000 huishoudens van twee mannen waren, waarbij in 3% sprake was van de aanwezigheid van één of meer kinderen – voor vrouwelijke paren bedroeg dit percentage overigens 20%.⁴

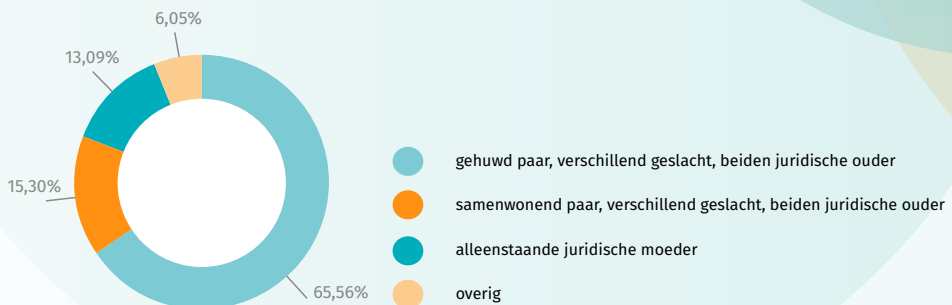
Een belangrijke vraag is in hoeverre juridisch ouderschap nu samenvalt met de volwassenen bij wie het kind opgroeit. Dan pas is meer zicht op het antwoord op de vraag in hoeverre het ‘traditionele’ gezin nog steeds de standaard gezinssituatie is. In figuur 1 staat daarom de combinatie van juridisch ouderschap en huishoudenssamenstelling gegeven voor zowel 1996 (1a) als 2014 (1b). Omdat sommige combinaties heel weinig voorkomen, zijn niet alle mogelijke combinaties apart in de figuur benoemd, maar opgenomen als ‘overig’. Op een aantal van deze relatief weinig voorkomende gezinstypen wordt hierna dieper ingegaan.

In 1996 groeide 84% van de kinderen op in wat men een ‘traditioneel’ gezin zou kunnen noemen: een gehuwde man en vrouw die tevens de juridische ouders van het kind zijn. In 2014 groeide twee derde (65,6%) van de kinderen op in een ‘traditioneel’ gezin. Deze daling wordt voor het grootste deel gecompenseerd door een stijging van het aantal kinderen dat woont bij een juridische vader en moeder die samenwonen: van 3%

figuur 1a: Combinatie huishoudsamenstelling en juridisch ouderschap (1996)



figuur 1b: Combinatie huishoudsamenstelling en juridisch ouderschap (2014)



in 1996 naar 15% in 2014. Wordt de term ‘traditioneel’ wat ruimer genomen door ook samenwonende paren hieronder te rekenen, dan leeft in 2014 ongeveer 4 van de 5 kinderen (81%) in een ‘traditionele’ gezinssituatie. Dit is iets minder dan het percentage in 1996 (87%). Verder blijkt dat een relatief grote groep kinderen opgroeit bij een alleenstaande juridische moeder en dat deze groep is toegenomen over de tijd: van 9% in 1996 naar 13% in 2014. Voor alleenstaande juridische vaders is een vergelijkbare trend zichtbaar, maar de percentages zijn beduidend lager (bijna 1% in 1996 en krap 2% in 2014, niet verwerkt in figuur 1).

Juridisch ouderschap komt voor de partner met wie de moeder samenwoont, niet automatisch tot stand (zie verder Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap). Uit de gegevens van 2014 (niet in figuur 1) blijkt dat van de kinderen die op de peildatum nul jaar zijn en die niet wonen bij

een gehuwd paar (bijna 70500 kinderen)⁵, 82% vanaf de geboorte twee juridische ouders heeft, en nog eens 8,5% later dat jaar twee juridische ouders krijgt door erkenning na de geboorte. Ongeveer 9,5% van de kinderen buiten het huwelijk heeft dus één jaar na de geboorte niet twee juridische ouders. Deze cijfers komen in grote lijnen overeen met een recente analyse van het CBS.⁶ Opgemerkt moet worden dat deze cijfers alle kinderen betreffen die niet wonen bij een gehuwd paar, dus ook bijvoorbeeld kinderen die samenwonen met hun alleenstaande moeder. Als alleen naar de 0-jarige kinderen in 2014 wordt gekeken, die samenwonen met hun moeder en een niet met haar gehuwde man (ongeveer 56000 kinderen), heeft 90,5% bij geboorte twee juridische ouders en is nog eens 7,5% van de kinderen na de geboorte, maar binnen 2014, alsnog door de man erkend. Ongeveer 2% van deze kinderen heeft dus niet twee juridische ouders.

3.2.2 JURIDISCH OUDERSCHAP NADER BEKEKEN: ‘TRADITIONELE’ EN EENOU- DERGEZINNEN

Voor wat betreft de grootste groepen kinderen, worden in tabel 3 nadere gegevens gepresenteerd over het tijdstip waarop het juridisch ouderschap tot stand is gekomen. Hierbij wordt alleen gebruik gemaakt van de gegevens over 2014. De reden hiervoor is dat in 1996 de ingangsdatum van het juridisch ouderschap van één of beide ouders vaak onbekend is. Omdat de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens pas op 1 oktober 1994 in werking is getreden⁷ is voor met name oudere kinderen de ingangsdatum van het juridisch ouderschap niet geregistreerd en dus onbekend in 1996. In tabel 3 gaat het om de zogenaamde ‘traditionele’ gezinnen in de ruime zin van het woord: gehuwde paren van verschillend geslacht, die ook beiden juridisch ouder zijn, en samenwonende paren van verschillend geslacht, die beiden juridisch ouder zijn. Het gaat hier om de datum waarop het juridisch ouderschap van de respectievelijke ouders is ingegaan in vergelijking met de geboortedatum van het kind. Aangenomen wordt dat er van ‘adoptie’ sprake is als beide ouders

5 NB: de peildatum 1 januari 2014 is gelegen vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap op 1 april 2014. Ook de kinderen die samenwonen met twee personen van gelijk geslacht, zijn hier daarom buiten beschouwing gelaten; de mogelijkheid van erkenning door duomoeders bestond op dat moment immers nog niet.

6 CBS (2016), *Ouders van ruim vier op de tien baby's niet getrouwd*. Zie www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd (geraadpleegd op 23 mei 2016).

7 Inmiddels is de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens – op 6 januari 2014 – vervangen door de Wet basisregistratie personen.

tegelijkertijd juridisch ouder zijn geworden en de ingangsdatum van het juridisch ouderschap ongelijk is aan de geboortedatum. Het gaat dus niet om feitelijke registraties van adopties. Aangezien alleen wordt gekeken naar kinderen die in Nederland zijn geboren, gaat het ook nog eens om de relatief kleine groep binnenlandse adopties (in tegenstelling tot de hier niet meegenomen grotere groep interlandelijke adopties).

Tabel 3: Juridisch ouderschap bij gehuwde/samenwonende juridische ouders van verschillend geslacht (2014)

	GEHUWD		SAMENWONEND	
	<i>Aantal</i>	<i>%</i>	<i>Aantal</i>	<i>%</i>
Adoptieouders	424	0,02	21	0,00
Beide ouders juridische ouder vanaf geboortedatum	2098652	98,35	445164	89,38
Moeder juridische ouder, vader later juridische ouder	34397	1,61	52650	10,57
Totaal ^a	2133909		498053	

a Alleen de grootste groepen zijn weergegeven. Het totaal is daarom hoger dan de som van de aantallen.

Zoals is te zien in tabel 3, is de groep kinderen die (mogelijk) zijn geadopteerd, inderdaad zeer klein (minder dan 0,05%). De grootste groep betreft kinderen wier ouders beiden juridisch ouder werden bij de geboorte. Dit geldt zowel voor gehuwden als voor samenwonenden, maar de groep is beduidend groter bij gehuwden (98% versus 89%). Bij samenwonenden is er nog een vrij grote groep waarbij de vader pas na de geboorte juridisch ouder werd (11%). Alhoewel het de burgerlijke staat op 1 januari 2014 betreft en paren ook na de geboorte kunnen zijn gehuwd, is het verschil tussen gehuwden en samenwonenden niet zo vreemd, als men bedenkt dat vaders niet van rechtswege juridisch ouder worden wanneer ouders ongehuwd samenwonen.

In tabel 4 worden de eenoudergezinnen nader bekeken. Ook hier worden alleen gegevens gepresenteerd over 2014, aangezien de ingangsdatum van het juridisch ouderschap voor 1996 vaak onbekend is. Het gaat hier alleen om kinderen die bij hun juridisch moeder wonen. Zoals figuur 1 duidelijk maakte, is dit een relatief grote groep. De meeste kinderen hebben een juridische ouder buiten het huishouden wonen, namelijk 83%

(70 + 13). Alhoewel het geslacht van de uitwonende juridische ouder niet altijd bekend is, blijkt uit nadere analyse dat het in 93% van deze gevallen een uitwonende vader betreft. In 17% van de gevallen is er geen andere juridische ouder bekend. Hierbij dient te worden opgemerkt dat dit niet per se hoeft te betekenen dat er geen juridische ouder is, want het kan ook zijn dat de ingangsdatum van het juridisch ouderschap onbekend is.

Tabel 4: Juridisch ouderschap bij alleenstaande juridische moeders (2014)

	Aantal	%
Twee juridische ouders vanaf geboortedatum	299347	70,28
Juridische moeder, andere ouder onbekend	71112	16,69
Moeder juridische ouder, vader later juridische ouder	55330	12,99
Totaal ^a	425964	

a Alleen de grootste groepen zijn weergegeven. Het totaal is daarom hoger dan de som van de aantallen.

3.2.3 STIEFGEZINNEN

In tabel 5 worden cijfers gepresenteerd over relatief minder vaak voorkomende gezinnen, namelijk stiefgezinnen, op de twee peildata. Om zicht te krijgen op het aantal stiefgezinnen is, net als in figuur 1, gekeken naar de combinatie van juridisch ouderschap en huishoudenssamenstelling. Wanneer kinderen wonen bij een paar (gehuwd dan wel samenwonend), maar slechts een van beiden juridisch ouder is, kan er sprake zijn van een stiefgezin.

Tabel 5: Stiefgezinnen in 1996 en 2014

	Peildatum: 1996		Peildatum: 2014	
	Aantal	%	Aantal	%
Gehuwd paar, verschillend geslacht, één juridische ouder	54147	1,69	61158	1,88
Samenwonend paar, verschillend geslacht, één juridische ouder	37923	1,19	73299	2,25
Samenwonend/gehuwd paar, gelijk geslacht, één juridische ouder	2921	0,09	6013	0,18
Totaal ^a	3198892		3254786	

a Het totaal betreft het totaal aantal kinderen in de analyse en is daarom meer dan de som van de aantallen in de rijen.



Uit tabel 5 is te zien dat bijna 3% van de kinderen in 1996 opgroeide bij een gehuwd of samenwonend paar, waarbij slechts één van beiden juridisch ouder is, en dat dit aandeel is gestegen tot iets meer dan 4% in 2014. Meestal betreft het een stiefgezin met een paar van verschillend geslacht. Stiefgezinnen waarbij het gaat om een paar van gelijk geslacht, komen verhoudingsgewijs minder vaak voor. Dit is bijvoorbeeld het geval als men op latere leeftijd een heteroseksuele relatie met kinderen ontbindt en een homoseksuele relatie aangaat. Onduidelijk is echter of het hier louter gaat om stiefgezinnen. Vooral bij de groep kinderen die opgroeien bij ongehuwd samenwonende ouders, kan het ook zo zijn dat de man het kind niet heeft erkend en er daardoor maar één juridische ouder is (zie hiervoor). In totaal leeft dus *ten hoogste* 4,3% van de kinderen anno 2014 in een stiefgezin.

Dit percentage is lager dan een eerder in 2007 gemaakte schatting.⁸ Daarbij werd wél, anders dan in de door de Staatscommissie gebruikte gegevens, gekeken naar alle thuiswonende kinderen, ook naar de kinderen die 18 jaar of ouder waren, en ook de kinderen die niet in Nederland zijn geboren. Omdat uit de analyse uit 2007 tevens bleek dat kinderen in stiefgezinnen relatief ouder zijn, kan met name de focus op minderjarige kinderen in tabel 5 leiden tot een lager percentage. Uit de schattingen in 2007 bleek het aandeel kinderen dat opgroeide in stiefgezinnen, in de periode van 1998 tot 2007 te zijn toegenomen van 4,8% tot 6,1% (282000 kinderen) in 2007 (zie tabel 6). In ruim 4 op de 5 stiefgezinnen (84%) waren de kinderen binnen het gezin afkomstig uit een eerdere relatie van de vrouw. In 13% van de stiefgezinnen waren de kinderen afkomstig uit een eerdere relatie van de man. Slechts 3% van de stiefgezinnen vormde een zogenaamd samengesteld gezin, dus met kinderen uit eerdere relaties van beide ouders. In een derde van de stiefgezinnen hadden de ouders ook gezamenlijke kinderen.⁹ Net als bij de gegevens uit tabel 5 dient te worden opgemerkt dat de analyses zijn gebaseerd op adresgegevens. Omdat kinderen op grond van de Wet basisregistratie personen (en vóór 6 januari 2014 ook op grond van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens) maar op één adres kunnen worden geregistreerd, kan het aantal stiefgezinnen feitelijk nog hoger liggen, bijvoorbeeld in een co-ouderschapssituatie waarbij beide voormalige partners weer een nieuwe partner hebben.

8

Steenhof 2007.

9

Steenhof 2007, p. 20.

Tabel 6: Aantal thuiswonende kinderen in gezinnen op 1 januari, 1998–2007

	1998	2000	2002	2004	2006	2007
Stiefgezin	4,8	5,1	5,4	5,7	6	6,1
Eenoudergezin	12,7	13	13,8	14,4	15,1	15,3
Overig twee-oudergezin	82,5	81,9	80,9	79,8	79	78,6

Bron: Steenhof 2007, p. 21.

Om enig zicht hierop te krijgen is een alternatieve manier om het aantal stiefgezinnen in kaart te brengen, om kinderen zelf te vragen bij wie zij wonen. In 2009/2010 is in het internationaal onderzoek naar 'Health Behaviour in School-aged Children' (HBSC) in een steekproef onder 1500 jongeren in drie leeftijdscategorieën (11-,13- en 15-jarigen) gevraagd naar hun thuissituatie en is hun gevraagd of zij twee gezinnen en twee huizen hebben. Ook werd gevraagd bij wie men het grootste deel van de tijd woont. Op basis van de antwoorden werd geconcludeerd dat in Nederland ongeveer 7% van de kinderen in een stiefgezin leeft.¹⁰ Dit onderzoek wordt iedere vier jaar herhaald. Voor Nederland is inmiddels in 2013 een nieuw rapport opgeleverd.¹¹ Dat rapport stelt op basis van de zelfrapportage van de ondervraagde jongeren dat rond de driekwart bij beide genetische ouders woont (zie tabel 7). Ongeveer één op de tien kinderen zou te maken hebben met een dubbele gezinssituatie. Deze jongeren stellen te wonen bij één van beide ouders (en eventueel een stiefouder) en zeggen elk weekend of vaker hun tijd door te brengen bij de andere ouder. Rond de 8% van de leerlingen in groep 8 (11-12 jarigen) stelt te leven in een eenoudergezin, in het voortgezet onderwijs geldt dit voor 10% van de jongeren. Deze kinderen wonen bij één ouder en hebben helemaal geen of heel weinig contact met de andere ouder.¹² Opgemerkt moet worden dat, hoewel deze cijfers een indicatie geven van het aantal kinderen dat gescheiden ouders heeft, hiermee nog geen beeld ontstaat van het aantal stiefgezinnen.

10 Currie e.a. 2012, p. 229. Het onderzoek in Nederland is uitgevoerd door de Universiteit Utrecht, het Trimbos-instituut en het Sociaal en Cultureel Planbureau.

11 De Looze e.a. 2014.

12 De Looze e.a. 2014, p. 23.

Tabel 7: Gezinsvorm naar onderwijstype (% , basisonderwijs n = 1597, voortgezet onderwijs n = 5571)

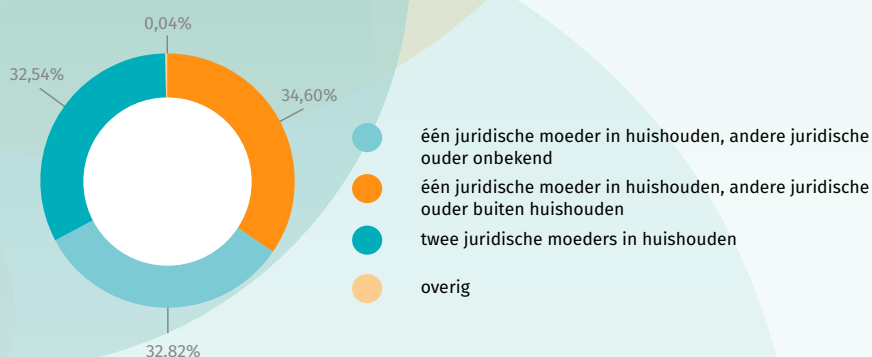
	Basisonderwijs	Voortgezet onderwijs
Volledig gezin	77,2	74,0
Eenoudergezin	8,3	10,1
Dubbele gezinssituatie	10,9	10,4

Bron: De Looze e.a. 2014, p. 22.

3.2.4 GEZINNEN MET TWEE VROUWEN

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op gezinnen met twee vrouwen. Alleen de CBS-gegevens van 2014 zijn gebruikt, omdat de ingangsdata van juridisch ouderschap in de eerdere gegevens ontbreekt. Zoals bleek uit tabel 2, leven bijna 8500 (4887 + 3592) kinderen in 2014 bij twee vrouwen. Het is van belang op te merken dat deze gegevens worden geconstrueerd op basis van het inschrijfadres van het kind. Deze gegevens zeggen daarmee niets over mogelijke verzorgingsconstructies waarbij een kind bijvoorbeeld deels wordt verzorgd door een vrouwenstel en deels door een mannenstel.

Figuur 2: Juridisch ouderschap in gezinnen met twee vrouwen (2014)



In figuur 2 wordt voor de groep kinderen die opgroeien bij twee vrouwen, nader ingegaan op het juridisch ouderschap. In de figuur worden alleen de grootste groepen apart benoemd. In ongeveer een derde van de gevallen (32,54%) zijn beide vrouwen ook beiden juridisch moeder van het kind. Bij een ongeveer even groot deel van de kinderen woont een juri-

dische ouder buiten het huishouden (34,60%). Alhoewel het geslacht van de uitwonende ouder niet altijd bekend is, lijkt het voor een groot deel te gaan om vaders (voor 87% van de gevallen is zeker dat het een vader betreft). Dit kan kinderen betreffen die na een scheiding van hun vader en moeder bij hun moeder en haar nieuwe vrouwelijke partner zijn gaan wonen (stiefgezinnen). Ook kan het zijn dat de mannelijke donor het kind heeft erkend. Tot slot is er een even grote groep (32,82%) waarbij maar één juridische ouder bekend is, namelijk de juridische moeder bij wie het kind tevens in huis woont. Net als hiervoor is opgemerkt, hoeft dit niet alleen te betekenen dat er geen andere juridische ouder is, maar kan het ook zijn dat de ingangsdatum van het juridisch ouderschap onbekend is.

3.2.5 ADOPTIE

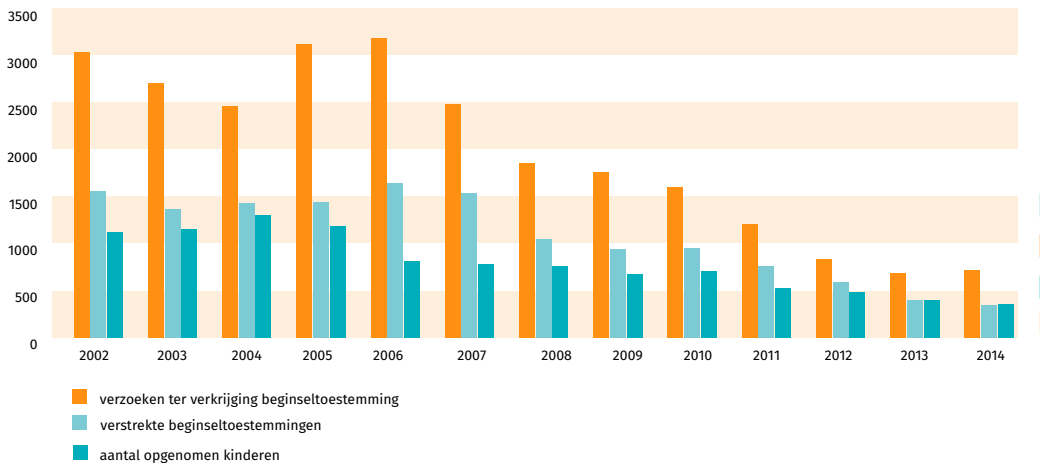
Bij de analyse van de CBS-gegevens bleven (interlandelijke) adopties buiten beschouwing. Daarom wordt in deze paragraaf gebruik gemaakt van andere gegevens. In Nederland bestond tot voor kort het merendeel van de adopties uit interlandelijke adopties. Het aantal verzoeken van aspirant adoptiefouders tot buitenlandse adoptie, dus het aantal verzoeken om een zogenaamde beginseltoestemming, is de laatste jaren evenwel sterk gedaald (zie figuur 3). Ook het aanbod van adoptiekinderen is veranderd: de leeftijd van de adoptiekinderen is toegenomen, evenals de aard en de zwaarte van de zorgbehoefte van het (grote aandeel) ‘special needs’-kinderen (kinderen met een bijzondere zorgbehoefte).¹³ De eisen die worden gesteld aan adoptiefouders, nemen daardoor toe. Het aantal buitenlandse adopties in Nederland is als een gevolg daarvan in de afgelopen tien jaar sterk gedaald, van 1130 in 2002 tot 354 in 2014 (zie figuur 3).

Inmiddels vinden er meer binnenlandse adopties plaats dan interlandelijke adopties. Voor binnenlandse adopties kan een onderscheid worden gemaakt tussen partneradopties, waarbij een levenspartner van een juridische ouder door adoptie de tweede juridische ouder van het kind wordt, en adopties waarbij de banden van het kind met de oorspronkelijke juridische ouders en hun bloedverwanten worden doorgesneden (artikel 1:229 leden 2 en 3 BW). Partneradoptie werd in 2001 ook mogelijk voor paren van gelijk geslacht.¹⁴ Daarmee is dit een belangrijke

¹³ *Kamerstukken II 2014/15, 31265, 55, p. 2.*

¹⁴ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10, in werking getreden op 1 april 2001.

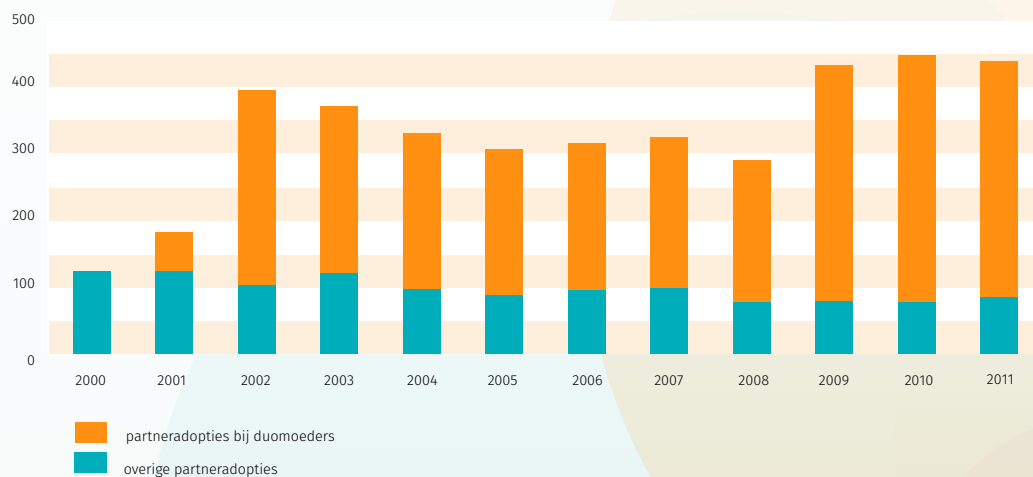
Figuur 3. Overzicht van in Nederland opgenomen buitenlandse kinderen 2002-2013



Bron: Stichting Adoptievoorzieningen, *Statistische gegevens betreffende de opneming in gezinnen in Nederland van buitenlandse adoptiekinderen in de jaren 2002-2006*, www.adoptie.nl, laatst geraadpleegd op 16 maart 2016, Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Adoptie Trends en analyse, Statistisch overzicht interlandelijke adoptie over de jaren 2007 tot en met 2011*, Den Haag 2012, Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Adoptie Trends en analyse, Statistisch overzicht interlandelijke adoptie over de jaren 2010 tot en met 2014*, Den Haag 2015.

manier geworden voor, met name, vrouwenparen om beiden de juridische ouders te worden van het kind dat is geboren binnen deze relatie (figuur 4). Deze mogelijkheid is minder relevant geworden sinds de Wet lesbisch ouderschap op 1 april 2014 in werking is getreden, omdat de andere vrouw van rechtswege de ouder van het kind kan zijn of het kind kan erkennen (artikelen 1:198 en 204 BW). (Zie verder Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.) De beschikbare gegevens lopen echter tot 2011, waardoor deze te verwachten daling nog niet zichtbaar is.

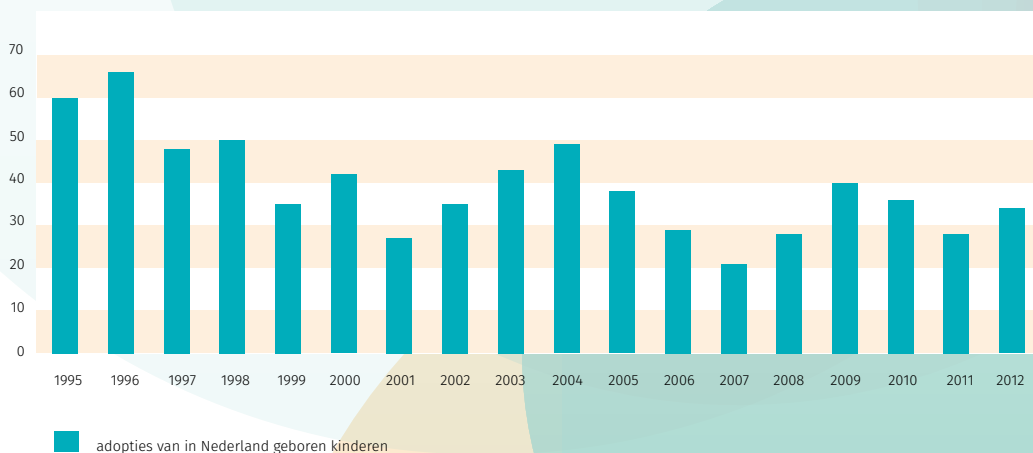
Figuur 4. Aantallen partneradopties per jaar 2000-2011



Bron: CBS Statline

Het aantal 'volle' adopties in Nederland van kinderen die in Nederland zijn geboren, betreft een veel lager aantal, dat al jaren schommelt tussen de 50 en de 20 per jaar (figuur 5).

Figuur 5. Aantallen in Nederland geadopteerden per jaar 1995-2011, exclusief partneradopties



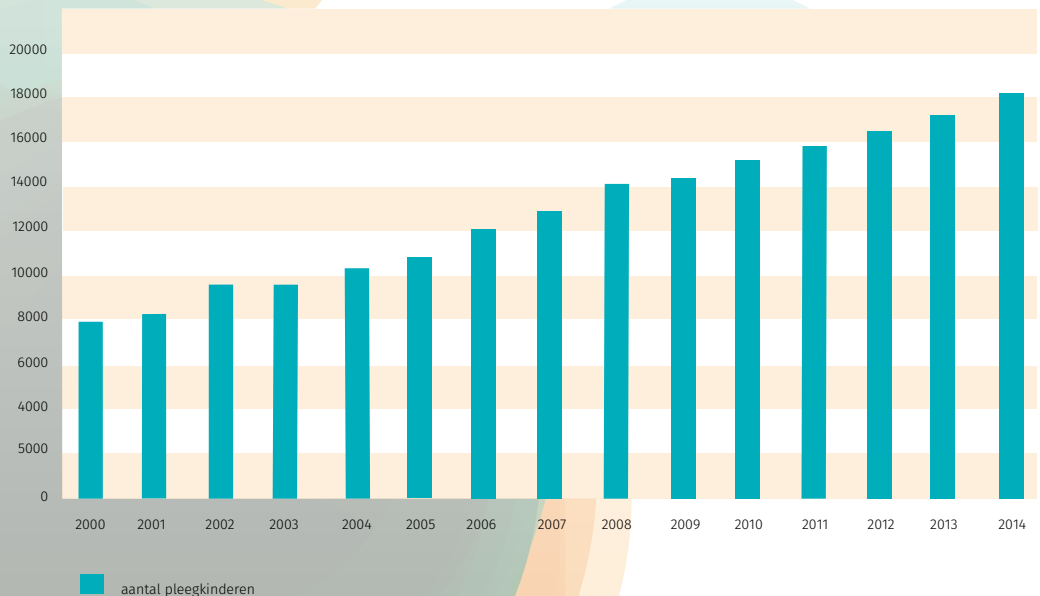
Bron: CBS Statline

Uit bovenstaande gegevens blijkt dat binnenlandse adoptie, net als interlandelijke adoptie, als manier om ouder te worden van een kind slechts voor een kleine groep toegankelijk is.

3.2.6 PLEEGKINDEREN

Bij de analyse van de CBS-gegevens bleven pleeggezinnen buiten beschouwing. Gegevens van Pleegzorg Nederland zijn gebruikt om inzicht te krijgen in de grootte van de groep kinderen in pleeggezinnen. Het betreft daarbij gegevens over 'formele pleegzorg', waarbij jeugdzorg- of pleegzorgorganisaties zijn betrokken. Zoals in figuur 6 is te zien, verbleven op 31 december 2014 18.175 jeugdigen bij pleegouders, een jaar eerder waren dit er 17.781.¹⁵ Het totaal aantal kinderen dat gebruik maakt van pleegzorg, is de afgelopen jaren toegenomen, van iets minder dan 8.000 in het jaar 2000 tot het huidige aantal van boven de 18.000.

Figuur 6. Totaal aantal pleegkinderen op peildatum 1 januari: 2000 – 2014



Bron: Pleegzorg Nederland 2014

Ongeveer 40% van de pleegkinderen werd in 2014 geplaatst bij bekenden, de zogenaamde formele netwerkpleegzorg. Dit kunnen grootouders, tantes en ooms zijn, maar ook onderwijzers of buren. De pleegouders worden in dat geval begeleid door pleegzorgorganisaties. Het aandeel kinderen dat wordt geplaatst bij bekenden, is al een aantal jaar stabiel. De netwerkpleegzorg is dus meegegroeid met de totale toename van de pleegzorgplaatsingen.¹⁶

Naast pleegzorg worden kinderen die tijdelijk of blijvend niet (meer) door hun ouders kunnen worden verzorgd, soms ook geplaatst in leefgroepen in instellingen (ook wel internaat genoemd). Zorgaanbieders bouwen de laatste jaren hun leefgroepen echter af. De kinderen die in die leefgroepen woonden, komen vaak in gezinshuizen terecht. Het verschil tussen een gezinshuis en een pleeggezin is dat een pleegouder een vrijwilliger is en de gezinshuisouder een professional en meestal in dienst van een zorgaanbieder. Er zijn ook particuliere gezinshuizen. De pleegouder richt zich op de opvoeding van het kind. De overige werkzaamheden die met de plaatsing samenhangen, zoals een plan van aanpak maken, rapporteren en evalueren, worden door medewerkers van de pleegzorgaanbieder verricht. De gezinshuisouder doet dit allemaal zelf. De problemen van kinderen die in gezinshuizen worden geplaatst, variëren sterk, maar zijn over het algemeen complex en meervoudig. De kinderen hebben dan ook doorgaans extra of bijzondere ondersteuning nodig. In 2012 woonden in Nederland 1.677 kinderen in 479 gezinshuizen. In een gezinshuis wonen doorgaans drie of vier kinderen.¹⁷

Kinderen die niet (meer) bij hun ouders kunnen wonen, maar er bijna aan toe zijn om op eigen benen te staan, kunnen worden geplaatst op een zogenoemde kamertrainingsplaats. De jongere, doorgaans tussen de zestien en twintig jaar, woont zelfstandig met enkele andere jongeren in een woonhuis en wordt begeleid door een mentor. Kamertraining duurt meestal ongeveer een jaar. Daarna gaat de jongere echt zelfstandig wonen of eventueel in een begeleid woonproject.

Voor een deel van de kinderen in tehuizen en gezinshuizen geldt dat er sprake is van een kinderbeschermingsmaatregel in de vorm van een

16
17

Pleegzorg Nederland 2014.
Brochure gezinshuizen, een uitgave van de Ministeries van Veiligheid en Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en www.voordejeugd.nl, 2014.

beëindiging van het ouderlijk gezag. Deze kinderen hebben een professionele voogd en worden opgevoed door professionele opvoeders. Hun eigen ouders zijn alleen nog maar juridische ouders. Er wordt over hen voortdurend beslist door (wisselende) professionals, met wie soms maar sporadisch contact is. Er is dus niet een speciale persoon die zij als 'ouder' kunnen beschouwen, die losstaat van instellingsbelangen, die met en voor hen belangrijke beslissingen kan nemen en die mogelijk af en toe het kind kan opvangen.

3.2.7 VERANDERENDE ATTITUDES

Met de toename van diversiteit in gezinsvormen is ook de houding van de samenleving ten opzichte van deze diversiteit veranderd. Uit het Gezinsrapport 2011 blijkt dat de goedkeuring van de Nederlandse bevolking voor alleenstaand ouderschap is toegenomen van 41% in 1981 tot 63% in 2008.¹⁸ Uit eerder onderzoek blijkt overigens ook dat in 1996 slechts 7% het opgroeien in een eenoudergezin als evengoed beoordeelde als het opgroeien in een tweeoudergezin.¹⁹ Ook op andere terreinen keurt een ruime meerderheid van de Nederlandse bevolking afwijkingen van de 'traditionele' gezinsvorm niet af (zie tabel 8).

Tabel 8: Mate van af- of goedkeuring van demografische gezinsgedragingen in Nederland, bevolking van 15 jaar en ouder (in procenten)²⁰

	vrijwillige kinder- loosheid (n = 1864)	een kind krijgen als men ongetrouwd samenwoont (n = 1874)	echtscheiding als men kinderen onder de 12 jaar heeft (n = 1860)
keurt sterk af	3	5	5
keurt af	10	10	21
keurt af noch goed	21	13	32
keurt goed	40	45	33
keurt sterk goed	26	28	10

Bron: Rijken & Liefbroer 2011, p. 64, gebaseerd op ESS 2006.

Noot: Door afronding tellen de percentages soms niet op tot 100%.

18 Rijken & Liefbroer 2011, p. 67.

19 Van der Avort, Cuyvers & De Hoog 1996. De verschillende uitkomst kan mogelijk worden verklaard uit de wijze waarop de vragen waren geformuleerd. Hieruit blijkt wel dat voorzichtig moet worden omgegaan met data waaruit een vermeende heersende norm in de samenleving zou blijken.

20 Rijken & Liefbroer 2011, p. 64, gebaseerd op ESS 2006.

Op de vraag wat voor type gezin beter zou zijn voor de ontwikkeling van kinderen, antwoordde in een in 1996 in opdracht van de Nederlandse Gezinsraad verricht onderzoek 33% van de respondenten dat een gezin met twee ouders van gelijk geslacht evengoed zou zijn als een gezin met twee natuurlijke ouders.²¹ In 2008 vond 21% van de bevolking van 18 jaar en ouder dat homoseksuele paren niet dezelfde rechten zouden moeten hebben bij adoptie als heteroseksuele paren. In 2012 is dat aantal iets gedaald tot 19%.²² Het Gezinsrapport 2011 stelt dat het overgrote deel van de bevolking het vooral belangrijk vindt dat kinderen opgroeien met twee ouders, maar dat de precieze relatievorm waarin deze opvoeders zich bevinden, er minder toe doet.²³ Het rapport trekt als voornaamste conclusie dat bij de grote meerderheid van de bevolking een sterke mate van tolerantie heerst ten opzichte van de onderscheiden manieren waarop mensen hun gezin wensen vorm te geven. Vrijwillige kinderloosheid, kinderen krijgen en opvoeden binnen een niet-huwelijkse relatie en kinderen opvoeden binnen een homoseksuele relatie worden door een duidelijke meerderheid goedgekeurd en door een minderheid van zo'n 15 tot 20% afgekeurd, aldus het rapport.²⁴

Samenvattend en betekenis:

Een aantal trends in de periode van 1996 tot 2014 valt op en is van belang voor de opdracht van de Staatscommissie

- Steeds minder kinderen groeien op in een 'traditioneel' gezin in enge zin (gehuwde vader en moeder, die beiden juridisch ouder zijn), maar dit 'traditionele' gezin is nog wel het meest voorkomende gezinstype in 2014 (twee derde).
- Steeds meer kinderen groeien op bij een samenwonende moeder en vader, die tevens hun juridische ouders zijn. Anno 2014 is dit de op één na meest voorkomende gezinssamenstelling (15%). In ongeveer één op de tien gevallen is de vader pas na de geboorte juridisch ouder geworden. De erkenning van het vaderschap blijft in ongeveer 2% van de samenwonende paren van verschillend geslacht achterwege.

21 Van der Avort, Cuyvers & De Hoog 1996, p. 24.

22 Rijken & Liefbroer 2011, p. 66 en Kuyper 2015, p. 14. Beide percentages zijn gebaseerd op gegevens uit de Sociale Leef Index, respectievelijk 2008 en 2012.

23 Rijken & Liefbroer 2011, p. 67.

24 Rijken & Liefbroer 2011, p. 75.

- Steeds meer kinderen groeien op bij een alleenstaande ouder, doorgaans de moeder. In 2014 was dit de op twee na meest voorkomende gezinssamenstelling (13%). Voor kinderen die opgroeien bij een alleenstaande moeder, geldt dat er in meer dan vier op de vijf gevallen sprake is van een andere uitwonende juridische ouder (doorgaans een vader).
- Steeds meer kinderen groeien op bij een gehuwd of ongehuwd stel waarbij slechts één van beiden ook juridisch ouder is, vaak stiefgezinnen.
- Steeds meer kinderen groeien op bij paren van gelijk geslacht, met name bij twee vrouwen. Alhoewel de aantallen op de gehele populatie in 2014 nog steeds relatief klein zijn (minder dan een half procent), is er sprake van bijna een verdrievoudiging van het aandeel kinderen dat bij twee vrouwen woont. Anno 2014 is bij een derde van de gezinnen met twee vrouwen sprake van juridisch ouderschap van beide moeders.
- Het aantal interlandelijke adopties neemt inmiddels geruime tijd af door een afnemende vraag van wensouders en een afnemend aanbod van adoptiekinderen. Het aantal binnenlandse adopties is beperkt.
- Het aantal kinderen in pleeggezinnen neemt toe. Eind 2014 verbleven 18.175 jeugdigen bij pleegouders.
- De Nederlandse bevolking is toleranter geworden in haar houding ten aanzien van nieuwe gezinsvormen.

Bovenstaande trends betekenen dat een groeiend aantal kinderen in Nederland meerdere opvoeders om zich heen heeft en dat er een groeiend aantal kinderen is dat opgroeit in een gezinssamenstelling waarbij de familierechtelijke betrekkingen niet automatisch (van rechtswege) vanaf de geboorte zijn geregeld en/of het juridisch ouderschap niet samenvalt met het sociaal ouderschap.

3.3 NIEUWE GEZINSVORMEN: DILEMMA'S EN WENSEN

In par. 3.2 is getracht een overzicht te geven van de verschillende gezinsvormen binnen de Nederlandse samenleving en de veranderingen die daarin hebben plaatsgevonden. Deze gegevens zijn, met enige slagen om de arm, nog vrij precies vast te stellen. Dat ligt anders bij de vraag met welke problemen en dilemma's de personen die in deze gezinsvormen opvoeden en opgroeien, in de praktijk worden geconfronteerd en de wensen die zij hebben.

De Staatscommissie heeft zich ook van dit laatste een beeld willen vormen. Hiertoe heeft zij vanaf het begin van haar werkzaamheden voortdurend verschillende groeps- en individuele gesprekken georganiseerd met ervaringsdeskundigen, belangengroeperingen, juristen, gedragswetenschappers, kinderrechtenorganisaties en hulpverleners. Om ervaringsdeskundigen te spreken is een open uitnodiging uitgezonden aan eenieder die ervaringen wilde delen met de Staatscommissie. Op vrijdag 20 maart 2015 heeft de Staatscommissie daarop in verschillende samenstellingen gesproken met in totaal 42 personen. Dat betrof zowel wensouders als draagmoeders, adoptiekinderen, donorkinderen en bevrijdingskinderen, maar ook verschillende personen die zich beroepsmatig met gezinnen en gezinsvorming bezighouden. Daarnaast heeft de Staatscommissie vanaf haar instelling een e-mailadres gebruikt waarop eenieder een bijdrage kon leveren. Ook dat leverde nuttige en zeer verschillende inbrengen op, van korte hartenkreten tot uitgebreide betogen. Een lijst van geraadpleegde deskundigen en organisaties is opgenomen in Bijlage III. De namen van ervaringsdeskundigen die de Staatscommissie mondeling of per e-mail hebben benaderd, worden daarbij uit privacyoverwegingen niet genoemd.

In het onderstaande wordt een kort overzicht gegeven van een aantal belangrijke thema's in de inbreng die de Staatscommissie heeft ontvangen. Daarbij wordt telkens de grootste gemene deler weergegeven. Van meer specifieke opmerkingen, bijvoorbeeld over specifieke juridische problemen en mogelijke oplossingen daarbij, is gebruik gemaakt bij het opstellen van de hoofdstukken over het geldend recht en de visie van de Staatscommissie. Deze specifieke problemen komen in het onderstaande overzicht niet terug.

Belang van het kind

Vrijwel alle personen die de Staatscommissie heeft gesproken, stellen het belang van het kind voorop. Dit betekent niet dat iedereen hetzelfde onder het belang van het kind verstaat. Sommigen benadrukken dat kinderen recht hebben op ouders, maar (wens)ouders geen recht op kinderen. Meermaals werd daarbij met betrekking tot verschillende ontwikkelingen en medische behandelingen gesteld dat niet alles wat kan ook zou moeten kunnen. Daarbij wordt dan telkens tevens verwezen naar het belang van het kind. Anderen stellen dat de positie van kinderen gelijk zou moeten zijn, ongeacht in welke gezinssituatie het kind wordt geboren. Door kinderen en ervaringsdeskundigen, door gedragswetenschappers en door de raad voor de kindbescherming wordt het belang van het kind ingevuld met de volgende elementen: stabiliteit, een vertrouwde plek, continuïteit van relaties binnen een beperkt netwerk, dagelijkse beschikbaarheid, respect en sensitiviteit. Anderen leggen de nadruk op bekendheid van de afstammingsgegevens. Ook wordt van verschillende kanten gewezen op de waardigheid van het kind met betrekking tot betaald draagmoederschap en het gebruik van donorgameten. Kinderen mogen niet worden gereduceerd tot geld, mogen geen handelswaar worden. Een enkeling stelde dat niemand geld zou mogen verdienen aan het ontstaan van een kind.

Vanuit rechtswetenschappelijke hoek is gesteld dat het wenselijk zou zijn om, wanneer wordt nagedacht over de grondslagen van het afstammingsrecht en de betekenis van juridische afstamming en gezag, de begrippen afstamming en gezag te beschouwen als containerbegrippen. De verschillende gevolgen die aan afstamming en gezag worden verbonden, zouden daarbij los van elkaar moeten worden beschouwd. Of een gevolg in een bepaalde situatie zou moeten zijn verbonden aan afstamming of gezag, kan daarbij afhankelijk worden gemaakt van een invulling van het belang van het kind daarbij.

Afstamming

De beschikbaarheid van afstammingsinformatie wordt door vrijwel iedereen van fundamenteel belang geacht voor het kind. Dit geeft het kind de mogelijkheid om zijn wortels te kennen en plaatst het kind in een lijn. Voor sommigen betekent dit ook automatisch dat kinderen bij de genetische ouders zouden moeten opgroeien en dat alleen genetische ouders de juridische ouders van het kind zouden moeten kunnen worden

(zie Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap). Door gedragswetenschappers wordt het belang van opgroeien bij de genetische ouders voor het welbevinden van het kind en de band tussen kind en ouders gerelativeerd. Wel wordt onderkend dat de genetische afstamming voor sommige mensen van groot belang is voor de identiteitsontwikkeling.

Door vrijwel iedereen werd gedeeld dat afstammingsinformatie onafhankelijk van de ouders voor het kind toegankelijk zou moeten zijn. De Staatscommissie heeft verscheidene verhalen gehoord van personen die pas op latere leeftijd ontdekten niet genetisch van een of beide ouders af te stammen. Dit wordt door sommigen als zeer traumatisch ervaren. Maar ook als al vanaf vroege leeftijd bekend is dat er een donor is, kan dit voor kinderen een langdurige zoektocht naar de eigen afstamming betekenen. De behoefte aan kennis van de afstamming blijkt van persoon tot persoon erg te verschillen en kan gedurende de levensloop veranderen. Vanwege de mogelijk veranderende behoefte gedurende het leven is benadrukt dat het van belang is dat gegevens altijd te achterhalen zijn.

Het gaat bij de beschikbaarheid van afstammingsinformatie om meer dan alleen de afstamming, ook om de bredere ontstaansgeschiedenis. Hoe ben ik ontstaan, wie waren daarbij betrokken?

Sommigen wijzen hierbij naar de geboorteakte als bron van informatie. Anderen stellen dat deze informatie niet per se in de geboorteakte hoeft te worden opgenomen, mits de informatie over onder meer de genetische afstamming maar ergens laagdrempelig toegankelijk is. Er wordt gewaarschuwd dat informatie over genetische afstamming op de geboorteakte in het buitenland onbedoelde gevolgen kan hebben: de genetische ouder kan als ouder worden gezien, terwijl enkel is bedoeld informatie te geven over de genetische afstamming.

Leeftijdsgrenzen

Vanuit verschillende hoeken zijn opmerkingen gemaakt over leeftijdsgrenzen die worden gehanteerd in het recht en in de toegang tot medische behandelingen.

Vanuit de juridische praktijk is gemeld dat bij het horen van kinderen in een juridische procedure momenteel te zeer wordt vastgehouden aan de wettelijke leeftijdsgrens van 12 jaar.²⁵

Kinderen zouden vaker al op jongere leeftijd kunnen en moeten worden gehoord in procedures, zo werd door sommigen gesteld. Wettelijk gezien

is er al ruimte om ook deze kinderen te horen, maar dan zou hiervan wel meer dan nu het geval is gebruik moeten worden gemaakt.

Ervaringsdeskundigen merkten op dat de wettelijke leeftijdsgrens van 16 jaar voor het achterhalen van de donorgegevens²⁶ te hoog is. Sommige kinderen hebben al eerder behoefte om te weten van wie zij genetisch afstammen. Als het kind hiervoor rijp genoeg is, zou dit mogelijk moeten zijn.

Maar ook de leeftijdsgrenzen voor IVF-behandelingen zijn door sommigen onder de aandacht gebracht. Nu mensen ouder worden, zouden zij ook tot een latere leeftijd medische assistentie moeten kunnen krijgen bij de voortplanting, zo is het idee. Het standpunt van de NVOG over geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten sluit ook hierop aan.²⁷

Het recht een gezin te stichten

Vanuit verschillende belangengroeperingen is benadrukt dat iedereen een gelijk recht heeft om een gezin te stichten. Zowel de ongelijke toegang tot medische hulp als de ongelijke toegang tot juridisch ouderschap wordt als bron van onrecht gezien. De maatschappij is al veranderd, maar de toegang tot medische hulp en het afstammingsrecht zijn nog onvoldoende mee veranderd, zo wordt gesteld. Daarbij wordt benadrukt dat moderne leefvormen met drie of vier ouders in de praktijk al voorkomen, net als draagmoederschap.

De vraag is niet of de overheid deze zaken toelaat, maar of men in deze situaties bescherming biedt. Zonder die bescherming bestaat er veel onzekerheid en rechtsongelijkheid voor de juridisch niet-erkende ouders en hun kinderen, zoals onzekerheid rond de positie van de verzorger/niet-juridische ouder bij de school van de kinderen, ongelijkheid bij medische beslissingen, onzekerheid bij echtscheiding en overlijden en met betrekking tot alimentatieverplichtingen, ongemakken bij reizen naar het buitenland, ongelijkheid bij zorgverlof en in het erfrecht en belastingen. Overigens worden deze problemen minder gemeld voor niet-intentionele meeroudergezinnen (stiefgezinnen) dan voor intentionele meeroudergezinnen.

Daarnaast ervaren de juridisch niet-erkende ouders in een meeroudergezin een gebrek aan erkenning. Een regeling voor deze gezinnen zou een

teken van maatschappelijke acceptatie zijn. Sommige stiefouders melden ook de behoefte aan – juridische – erkenning.

Meerouderschap en meeroudergezag

Meerdere belangengroeperingen hebben zich uitgesproken voor meerouderschap en meeroudergezag; zie hierboven *‘Het recht een gezin te stichten’*.

Ervaringsdeskundigen melden tevens dat ouder worden met meer dan twee mensen een ingrijpende beslissing is, waarmee veel positieve ervaringen bestaan, maar waarover ook zorgvuldig moet worden nagedacht. Wederzijdse verwachtingen van wensouders moeten vooraf duidelijk zijn en goed worden vastgelegd, want anders kunnen gemakkelijk problemen ontstaan.

Vanuit gedragswetenschappelijke hoek wordt in het algemeen gesteld dat kinderen zich kunnen hechten aan meer dan twee personen. Een absoluut maximum van het aantal mogelijke ouders is vanuit dat perspectief maar moeilijk te geven. Wel is stabiliteit in de verzorgingsrelaties van groot belang voor het welzijn van het kind. Voor drie-oudergezinnen, doorgaans met één ouderpaar en één alleengaande ouder, wordt als specifiek risico genoemd dat er een ‘twee tegen één’-situatie kan ontstaan.

Vanuit de juridische praktijk en organisaties op het terrein van kinderrechten bestaat weinig bezwaar tegen meerouderschap. Dit wordt gezien als een mogelijkheid om te komen tot een erkenning van de rol van verschillende personen en een gelijkstelling voor het erfrecht en voor onderhoudsverplichtingen. Wie juridisch ouder zijn, zou wel moeten blijven worden bepaald vanuit het belang van de stabiliteit van de opvoedings-situatie en meer in het algemeen het belang van het kind. Benadrukt is dat bij meerouderschap de beschikbaarheid van afstammingsinformatie een extra aandachtspunt is. Er is gewezen op de onderhoudsverplichtingen van kinderen voor ouders. Een kind met meer dan twee ouders zou de verplichting hebben deze allen te onderhouden, wat een onevenredig beroep op deze kinderen zou doen en zou leiden tot ongelijkheid ten opzichte van kinderen uit twee-oudergezinnen. Als meerouderschap wordt overwogen, zou deze verplichting niet ongewijzigd kunnen blijven bestaan, zo is gesteld.

Over meeroudergezag bestaan meer twijfels. Vanuit de juridische praktijk

én de gedragswetenschappelijke hoek wordt gewezen op de bestaande problemen bij echtscheidingen. Vrij breed wordt gevreesd dat meeroudergezag een groter conflictpotentieel heeft. Sommigen stellen daarbij dat ook het vermogen om elkaar bij te sturen en ruzies op te vangen toeneemt bij meeroudergezag. Als alternatief voor meeroudergezag noemen verschillende personen de mogelijkheid van beperkt deelgezag voor 'meeouders' het onderzoeken waard. Ook wordt het vereenvoudigd terugbrengen van het aantal gezagsdragers in geval van conflicten als mogelijkheid genoemd.

Wie heeft er gezag?

Verschillende personen uit de juridische praktijk melden dat de huidige gezagsregeling zeer ingewikkeld is. Het gezagsregister biedt daarbij geen uitkomst: dit is slechts beperkt toegankelijk en al het gezag dat automatisch (van rechtswege) ontstaat, wordt daarin niet genoteerd. Rechterlijke beslissingen worden hierin wél geregistreerd, maar bij verschillende personen bestaat de indruk dat de daadwerkelijke registratie in de praktijk te wensen overlaat. Het belang van een toegankelijk en volledig gezagsregister neemt toe met het ingewikkelder worden van gezinsvormen en gezagsrelaties.

Binnen de rechtswetenschap en de juridische praktijk bestaat onenigheid over het antwoord op de vraag of het erkennen van een kind automatisch tot gevolg zou moeten hebben dat gezag ontstaat (zie ook Hoofdstuk 7, Gezag). Door sommigen wordt gesteld dat het ongehuwd samenleven meer en meer het uitgangspunt wordt en dat de gezagsregeling daarop zou moeten aansluiten in de toekenning van automatisch gezag. Anderen stellen dat, indien erkenning automatisch leidt tot gezag, het gevolg kan zijn dat er minder kinderen worden erkend. Dit wordt niet in het belang van het kind geacht.

Ook wordt vanuit de rechtspraktijk en rechtswetenschap opgemerkt dat de regeling van voortgezet gezamenlijk gezag na echtscheiding niet in het belang van het kind is. Het zou eenvoudiger moeten worden om gezag op maat mogelijk te maken. Voor gezamenlijk gezag na echtscheiding zou overeenstemming tussen beide ouders een voorwaarde moeten zijn, zo wordt gemeld. Vanuit de hulpverlening en de gedragswetenschappen is bij de Staatscommissie bepleit dat het mogelijk moet worden gemaakt dat een of twee personen binnen het familienetwerk een speciale rol

krijgen, vergelijkbaar met voorheen meer voorkomende peetouders. Die persoon zou dan het belang van het kind kunnen bewaken als er problemen ontstaan binnen het gezin. Over het antwoord op de vraag of deze persoon ook (deel)gezag zou moeten hebben, wordt verschillend gedacht.

Draagmoederschap

Over draagmoederschap zijn de meningen verdeeld. Kinderrechtenorganisaties zijn van oordeel dat commercieel draagmoederschap verboden zou moeten zijn. Draagmoederschap roept ethische vragen op vanuit het belang van het kind en vanuit de positie van de draagmoeder. Sommigen bepleiten dat hierbij een principiële standpunt moet worden ingenomen en dat een pragmatische benadering onwenselijk is.

Vanuit rechtswetenschappelijke hoek en vanuit belangengroeperingen van wensouders wordt gesteld dat draagmoederschap, ook tegen betaling, een maatschappelijke realiteit is. Betalingen aan een draagmoeder zouden toelaatbaar moeten zijn, mits deze binnen redelijke grenzen blijven en oneigenlijke druk op de draagmoeder wordt voorkomen.

Vanuit de hulpverlening wordt onvrede geuit over de – als te negatief ervaren – beeldvorming rond draagmoederschap. Draagmoederschap gebeurt in veel gevallen waarmee zij bekend is, heel weloverwogen. Draagmoederschap maakt ouderschap mogelijk voor groepen die anders geen ouder kunnen zijn, hetgeen positief wordt geduid.

Vanuit gedragswetenschappelijke hoek zijn de meningen verdeeld.

Gesteld wordt dat bij draagmoederschap de kindervens vooropstaat in plaats van het belang van het kind. Maar ook wordt gesteld dat vanuit pedagogisch perspectief geen aanleiding bestaat om draagmoederschap als afstammingsrelatie te erkennen. De persoon van de draagmoeder zou niet bepalend zijn voor de identiteit van het kind. Over de betekenis van een genetische band tussen draagmoeder en kind en tussen wensouders en kind wordt door betrokkenen verschillend geoordeeld. Benadrukt wordt dat openheid en de mogelijkheid om de afstamming te kennen belangrijk zijn, maar dat een genetische band niet van belang lijkt te zijn voor het welzijn van het kind of voor de band tussen de opvoeder/verzorger en het kind.

Wensouders melden dat het erg moeilijk is om binnen Nederland een draagmoeder te vinden. Het niet beschikbaar zijn in Nederland van

IVF-draagmoederschap voor mannenparen wordt als onrechtvaardig ervaren. Ook de screening van de wensouders bij draagmoederschap wordt door belangengroeperingen en wensouders als onrechtvaardig ervaren. Maar er zijn ook wensouders die screening geruststellend vinden. Hierdoor bestaat immers meer zekerheid over de oprechtheid van wederzijdse intenties voor draagmoeder en wensouders.

Meermaals wordt gesteld dat het de voorkeur zou hebben dat draagmoederschap binnen Nederland beter toegankelijk wordt om internationaal draagmoederschap te voorkomen. Van verschillende kanten is erop gewezen dat bij internationaal draagmoederschap een aantal kinderrechten in de knel dreigt te komen door dreigende staatloosheid, identiteitsproblemen en kinderhandel. Tevens is gewezen op de positie van de draagmoeder, die erg verschilt per land en per kliniek. In sommige gevallen zou er sprake zijn van uitbuiting en mensenhandel. Een aandachtspunt is daarbij het grensoverschrijdend karakter van draagmoederschap: het fenomeen verplaatst zich steeds naar landen waar de ruimste mogelijkheden bestaan. Het zou de voorkeur hebben om internationaal draagmoederschap te reguleren met waarborgen voor het belang van het kind en de draagmoeder en met een centrale autoriteit in ieder land, aldus deze personen uit kinderrechtenorganisaties en de rechtswetenschap.

Adoptie

Adoptie wordt door een groot deel van de wensouders die de Staatscommissie heeft gesproken, niet gezien als een mogelijk alternatief voor draagmoederschap. Daarbij speelt voor sommigen een rol dat bij adoptie geen genetische band bestaat tussen het kind en de wensouders. Maar ook het feit dat de mogelijkheden voor adoptie beperkt zijn en dat het bij adoptie veelal oudere kinderen betreft, kan daarbij een rol spelen.

Veel ervaringsdeskundigen hebben de Staatscommissie benaderd met informatie over adoptie. Daarbij is het belang van afstammingsinformatie voor geadopteerden benadrukt. Het belang van de traceerbaarheid van een adoptie zou volgens sommigen moeten gaan boven het belang van de adoptie, ook als dit betekent dat er minder kan worden geadopteerd. Dit is niet alleen ter bescherming van het kind, maar ook van de geboortemoeder.

Hoewel niet alle geadopteerden op zoek gaan naar hun biologische ou-

ders, moet de informatie wel beschikbaar zijn. Vanuit ervaringsdeskundigen en rechtswetenschappers is gesteld dat de behoefte aan kennis over de oorspronkelijke familie en de omstandigheden van de adoptie gedurende de levensloop verandert. Daarom is het van belang dat de opslagtermijn van adoptiedossiers van 30 jaar wordt verlengd.

Samenvattend en betekenis:

Demografische en medische ontwikkelingen op het gebied van gezinsvorming leveren in de praktijk een grote hoeveelheid vragen en dilemma's op.

Veel personen en organisaties benadrukken het belang van het kind als leidend beginsel voor het formuleren van een antwoord op deze vragen. Over veel voorwaarden voor een veilige opvoeding en verzorging bestaat overeenstemming. Over de precieze betekenis die aan het belang van het kind moet worden gegeven, bestaat echter geen brede overeenstemming. Verschillen van inzicht bestaan met name over de betekenis die moet worden gehecht aan de genetische afstammingsband en de wijze waarop afstammingsinformatie beschikbaar moet zijn.

Over de mogelijkheid van meerouderschap waren de meeste personen en organisaties neutraal tot positief. Meer aarzeling bestond over de mogelijkheid van meeroudergezag. Vaak werd de verwachting uitgesproken dat het conflict-potentieel bij meeroudergezag (te) hoog zou zijn.

Ook over draagmoederschap bestaat weinig overeenstemming. Tegelijkertijd wordt door vrijwel iedereen gedeeld dat het gebruik van donorgameten en draagmoederschap maatschappelijke verschijnselen zijn waarmee de wetgever rekening dient te houden.



04 MEDISCHE ONTWIKKELINGEN EN ETHISCHE VRAGEN

4.1 INLEIDING

Mag iedereen ouder van een kind worden? Is het verstandig voor iedereen om ouder te worden? Behoort de samenleving ervoor te zorgen dat geen (onredelijke) barrières op weg naar het ouderschap worden opgeworpen, en dient de samenleving het krijgen van kinderen te faciliteren, onder meer door reproductieve technologieën beschikbaar te maken? De vanzelfsprekendheid van de antwoorden op deze vragen is er niet meer. Onder meer door de medische ontwikkelingen ontstonden op grote schaal ethische debatten over ouderschap, het recht op het krijgen van een kind, de betekenis van kinderloosheid, de betekenis van genetisch eigen kinderen, de controle over voortplanting, de invloed van de overheid en van artsen bij het vaststellen wie wel of niet in aanmerking komen om ouder te worden (ethische contra-indicaties voor ouderschap). Daarnaast laaide de discussie op over medicalisering van de voortplanting, de zoektocht naar een perfect kind, zorg over misbruik van technologieën, alsmede over de financiële toegankelijkheid: moeten mensen voor alles zelf betalen, is solidariteit met ongewenste kinderloosheid een maatschappelijke taak en geldt dat alleen als er een fysieke, medische reden voor de onvruchtbaarheid is?¹

Eigen aan ethische opvattingen is dat deze aan verandering onderhevig zijn. Dat geldt ook voor ethische opvattingen over gezinsvorming (zie Hoofdstuk 3, Maatschappelijke ontwikkelingen). De veranderende opvattingen nemen niet weg dat er ethische dilemma's opkomen met de komst van nieuwe technieken. Zo is er veel aandacht geweest voor de vraag wanneer een medische techniek leidt tot het krijgen van een kind op bestelling, betaling voor een kind en de vraag of alles moet wat kan. Die vragen hangen op hun beurt weer samen met het debat over 'het perfecte kind'.² Immers, hand in hand met de voortplantingstechnologie zijn en worden nieuwe technologieën ontwikkeld om aandoeningen prenataal op te sporen.³ Hierdoor wordt het idee versterkt dat er heel veel is te kiezen rond de voortplanting. Mensen verwachten niet alleen een kind te kunnen krijgen, zij verwachten ook een gezond kind te kunnen krijgen.

- 1 Onder anderen: Glover 1984, Glover 2006, Burley & Harris 2002, Robertson 1994, Dondorp & De Wert 2012, Pennings & De Wert 2003, Steinbock 2008, Bennett 2008, De Wert 1999, Gezondheidsraad 1998, Velleman 2005, O'Neill & Ruddick 1979, Bolt, Buijsen & Hunfeld 2004.
- 2 In de uitvoering van haar werkzaamheden is de Staatscommissie dit kind overigens nog niet tegengekomen.
- 3 Adriaanse, Van Vugt & Haak 2016, Wou e.a. 2015.

Prenatale diagnostiek valt buiten de reikwijdte van de opdracht aan de Staatscommissie, maar het is wel deel van de achtergrond waartegen de Staatscommissie adviseert. Immers, de idee dat de voortplanting kan worden gestuurd en gecontroleerd, en mensen niet langer een speelbal zijn van het lot, zowel waar het vruchtbaarheid als waar het onvruchtbaarheid betreft, beïnvloedt het denken over verantwoordelijkheden van (toekomstige) ouders, van professionals en van de samenleving.

Het is niet verwonderlijk dat de meningen in de Nederlandse samenleving uiteenlopen over zowel de grondslagen van het ouderschap als de beoordeling van de concrete technologieën en de eisen die hieraan dienen te worden gesteld. Deze fundamentele ethische en levensbeschouwelijke kwesties liggen uiteindelijk ook ten grondslag aan wet- en regelgeving en beleid. Wetgeving op dit terrein raakt direct aan de vraag welke rol de overheid toekomt als het gaat om de mogelijkheden tot medisch geassisteerde voortplanting. Moet iedereen toegang hebben tot medische assistentie of mag die toegang worden beperkt?⁴ Waarmee mag de overheid zich wel of niet bemoeien? Hoe geeft zij deze bemoeienis vorm? Wat is de basis van die verantwoordelijkheid? De Staatscommissie kiest uitdrukkelijk voor de belangen en rechten van het (toekomstige) kind als leidraad voor de beantwoording van deze vragen en de inrichting van het juridische stelsel (zie Hoofdstuk 1, Belangen en rechten van het kind).

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat staten op grond van het EVRM niet verplicht zijn een IVF-behandeling wettelijk mogelijk te maken. Het stichten van een gezin is dus geen claimrecht, waaruit een verplichting van de Staat tot toegang tot kunstmatige voortplantingstechnieken kan worden afgeleid. Maar, zo is in een uitzonderlijk geval door het EHRM bevestigd, het kan onder omstandigheden in strijd zijn met artikel 8 EVRM (het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven en het privéleven)

om faciliteiten voor kunstmatige inseminatie niet beschikbaar te stellen.⁵ Het EHRM benadrukt in zijn rechtspraak de ruime beoordelingsmarge van staten, juist vanwege de snelle ontwikkelingen in de medische wetenschap en het ontbreken van een duidelijke consensus in Europa. Daarbij wordt van de staten verwacht dat zij, gelet op die snelle ontwikkelingen, hun wetgeving voortdurend heroverwegen.⁶

In dit hoofdstuk zal in de eerste plaats een overzicht worden gegeven van recente medische ontwikkelingen. Waar beschikbaar wordt tevens een indicatie gegeven van het antwoord op de vraag hoe vaak een bepaalde techniek wordt toegepast. Tevens wordt telkens kort ingegaan op ethische vragen die een bepaalde medische techniek oproept. Vervolgens wordt, met het oog op de opdracht van de Staatscommissie, afzonderlijk aandacht besteed aan draagmoederschap in nationaal en internationaal verband. Ook de medische en ethische aspecten van dit onderwerp worden belicht. Ten slotte wordt kort ingegaan op medische technieken die mogelijk op korte of langere termijn beschikbaar zullen komen. Het hoofdstuk sluit af met een aantal aandachtspunten voor de toekomst.

4.2 MEDISCHE ONTWIKKELINGEN EN ETHISCHE VRAGEN

Het krijgen van kinderen was vroeger geen keuze, je kreeg ze of je kreeg ze niet. Alhoewel er altijd al methoden waren om een zwangerschap te voorkomen, werd na de introductie van de anticonceptiepil in de jaren zestig van de vorige eeuw het al dan niet zwanger (willen) worden steeds meer een keuze. Het krijgen van kinderen werd ook steeds vaker uitgesteld tot latere leeftijd. Dat dit niet altijd een echt vrije keuze is, maar

5 EHRM 4 december 2007, 44362/04 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*). Het betrof hier een vrouw en haar wegens moord tot levenslange gevangenisstraf veroordeelde echtgenoot. De plicht van de staat om kinderen te beschermen gaat niet zo ver dat gerechtvaardigd is dat zij dient te voorkomen dat betrokkenen in de gegeven omstandigheden een kind kunnen krijgen, vooral omdat de moeder niet was gedetineerd en voor het kind zou kunnen zorgen in de periode waarin haar echtgenoot in de gevangenis verbleef. Het Engelse beleid ter zake bood te weinig mogelijkheden om in het individuele geval (als het onderhavige) de proportionaliteit van de beperking te toetsen. Bovendien was het beleid niet vastgelegd in wetgeving en was het daarmee ook niet getoetst door het parlement. In deze omstandigheden was het verbod te verstrekkend en kwam het in strijd met artikel 8 EVRM. Bedacht moet worden bij deze uitspraak dat seksueel contact tussen een gedetineerde en zijn of haar echtgenoot in gevangenis in het Verenigd Koninkrijk niet is toegestaan en kunstmatige inseminatie daarmee voor de niet gedetineerde echtgenoot de enige mogelijkheid bood om een zwangerschap te doen ontstaan met zaad van haar echtgenoot (KIE).

6 EHRM (Grote Kamer) 3 november 2011, 57813/00 (*S.H. e.a./Oostenrijk*), r.o. 118.

door vele psychosociale, maatschappelijke en economische factoren wordt bepaald, werd geïllustreerd in het in 2007 verschenen RVZ-advies *Uitstel van ouderschap, medisch of maatschappelijk probleem?*⁷ In dit advies kwam ook naar voren dat de hogere leeftijd van de vrouw die zwanger wil worden, een belangrijke oorzaak is voor vruchtbaarheidsproblematiek. In 1970 kreeg een vrouw haar eerste kind op een gemiddelde leeftijd van 24,3 jaar. Sindsdien is deze leeftijd gestegen. In 1990 lag de gemiddelde leeftijd van de vrouw bij de geboorte van het eerste kind op 27,6 jaar en in 2014 was dit 29,5 jaar.⁸ De gemiddelde leeftijd van mannen die voor het eerst vader worden, is medisch gezien minder van belang.⁹ Wel is een toenemend aandeel vaders in de veertig.¹⁰ In 2010 was één op de zeven vaders 40 tot 50 jaar bij de geboorte van een kind tegen één op de elf in 1996.¹¹ Het aandeel vaders van 50 jaar of ouder schommelt rond de 1%. Bij oudere mannen die vader willen worden, is vaker sprake van een eerdere sterilisatie en daardoor vraag naar het chirurgisch herstel van de zaadleiters of – als dit niet mogelijk is – naar het op chirurgische wijze verkrijgen van zaad uit de (bij)bal (PESA/MESA) of uit de bal (TESE). Nadat het zaad op deze wijze is verkregen, kan ICSI (intra cytoplasmatische sperma injectie) worden toegepast.

Hieronder wordt ingegaan op verschillende vormen van geassisteerde medische voortplanting en de ethische dilemma's die samenhangen met deze technieken.

4.2.1 IVF

Blijft een gewenste zwangerschap na het staken van de anticonceptie uit, dan roepen veel wensouders medische hulp in. Zij worden dan meestal door de huisarts naar de gynaecoloog verwezen. Als er sprake is van een kinderwens bij twee vrouwen of bij alleenstaanden en er een bekende donor voorhanden is, kunnen de wensouders zelfinseminatie met donorzaad toepassen. Als dit niet resulteert in een zwangerschap of als er geen bekende donor is, kan medische hulp worden ingeroepen.

7 Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2007.

8 CBS-statline.

9 De gemiddelde leeftijd van mannen die voor het eerst vader werden, was in 2010 32,4 jaar; zie: Wobma & Van Huis 2011.

10 Hier wordt bedoeld de leeftijd van de vader op het tijdstip waarop het kind wordt geboren.

11 Wobma & Van Huis 2011.

Sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw vindt in Nederland kunstmatige inseminatie plaats met zaad van de partner of met donorzaad (KIE of KID). Begin jaren tachtig werd in Nederland de eerste IVF-baby geboren. Bij in vitro fertilisatie (IVF) wordt de bevruchting van de eicel buiten het lichaam in een reageerbuis tot stand gebracht. Deze behandeling werd aanvankelijk alleen verricht bij vrouwen bij wie de eileiders waren afgesloten, maar inmiddels wordt IVF voor vrijwel elke indicatie van onvruchtbaarheid toegepast. Nadat in 1991 de eerste zwangerschap was ontstaan na ICSI,¹² een vorm van IVF waarbij per eicel slechts één zaadcel nodig was, werd het ook voor veel mannen met heel weinig zaadcellen mogelijk om genetisch eigen nageslacht te krijgen. Zelfs bij mannen zonder zaadcellen in het ejaculaat bleek het mogelijk om succesvol ICSI toe te passen met zaadcellen, verkregen uit de bijbal (MESA/PESA) of bal (TESE). In verband met twijfels over de veiligheid voor het nageslacht van ICSI met chirurgisch verkregen zaadcellen (PESA/MESA/TESE) werd in 1996 door de beroepsgroep een moratorium ingesteld, dat in 1998 werd overgenomen door de minister van VWS, en konden paren voor deze behandelingen niet meer in Nederland terecht.¹³ Na 2000 konden deze behandelingen alleen in het kader van door de Centrale Commissie Mensgebonden Onderzoek goedgekeurde onderzoeksvoorstellen worden verricht.¹⁴ Nadat was geconcludeerd dat deze behandelingen niet zijn geassocieerd met een verhoging van het risico op kinderen met een grote aangeboren afwijking, is het moratorium in 2014 opgeheven. Deze zorg kan alleen plaatsvinden in IVF-centra met de benodigde expertise.¹⁵

Nu deze mogelijkheden er zijn, blijken paren met ernstige mannelijke vruchtbaarheidsstoornissen zelden in eerste instantie voor kunstmatige inseminatie met donorzaad (KID) te kiezen, ook al betekent een IVF/ICSI-procedure voor hun partner en een MESA/PESA/TESE-procedure voor de man, vergeleken met KID, een ingrijpendere behandeling.

Aanvankelijk werden bij IVF alleen embryo's geplaatst van eigen eicellen van de vrouw en zaadcellen van haar partner (wensvader). Later werd deze behandeling ook toegepast met embryo's van eicellen van een eiceldonor en zaadcellen van de wensvader. Daarmee kwam een zwangerschap binnen bereik van ongewenst kinderloze vrouwen die niet

12 Palermo e.a. 1992.

13 Planningsbesluit in-vitrofertilisatie, *Stcrt.* 1998, 95, p. 14.

14 Wijziging Planningsbesluit in-vitrofertilisatie, *Stcrt.* 2000, 242, p. 15.

15 NVOG 2014.

beschikken over bruikbare eicellen, maar wél een goed functionerende baarmoeder hadden.

Sinds 1 maart 2016 zijn binnen Nederland 12 IVF-centra actief (daarvóór 13). Het aantal behandelingen dat wordt uitgevoerd door deze centra, is gegroeid in de periode van 1996-2007 van rond de 11.000 behandelingen per jaar in 1996 tot rond de 16.000 in 2007. Sindsdien schommelt het aantal gestarte cycli rond dit aantal. In 2014 werden door deze centra 14.115 cycli gestart om IVF dan wel ICSI uit te voeren. Dit leidde tot 2787 eenlingbevallingen, 123 tweelingen en 3 drielingen. In combinatie met de geboorten van kinderen, ontstaan na de plaatsing van eerder ingevroren embryo's, waren er in 2014 4472 geboorten: 4300 eenlingen, 169 tweelingen en 3 drielingen.¹⁶ Dit is 2,7% van alle kinderen die in 2014 in Nederland werden geboren.¹⁷

4.2.2 ZAADDONATIE

Als het zaad van de man van onvoldoende kwaliteit is of als er in het geval van een lesbisch paar of een alleenstaande geen zaad beschikbaar is, kan gebruik worden gemaakt van zaaddonatie. Hiervoor is niet per se een professional of spermabank nodig: het zaad kan door de donor aan de vrouw worden geleverd en door de vrouw of haar partner zelf worden ingebracht (zelfinseminatie). In dat geval zullen de gegevens van de donor niet worden geregistreerd in het register van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting (SDKB). Wordt de inseminatie medisch begeleid, dan is de begeleidende arts verplicht om de gegevens van de donor te melden bij de SDKB.¹⁸

Zaad kan afkomstig zijn van een spermabank. Het aantal zaaddonoren is aanvankelijk afgenomen door de opheffing van de anonimiteit van donoren in 2004. Het aantal succesvolle behandelingen met donorzaad is na deze dip weer geleidelijk toegenomen.¹⁹ Er bestaan echter wel wachttijden voor Nederlands donorzaad.²⁰ In 2010 bedroeg de wachttijd gemiddeld 10,5 maanden.²¹ Hierdoor is de vraag naar zaad uit het buitenland toegenomen. Als bij de behandeling professionals zijn betrokken, moeten

16 Smeenk 2015.

17 In 2014 werden in Nederland 175.181 kinderen levend geboren; bron: CBS-statline.

18 Artikel 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

19 Janssens 2005, geciteerd in: De Winter e.a. 2012, p. 111 en Jaarverslag Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting 2012 en 2013.

20 De Winter e.a. 2012, p. 114.

21 Kop, Janssens & Mochtar 2014.

ook de gegevens van een donor uit het buitenland worden doorgegeven aan de SDKB.

Voor zaaddonoren worden door spermabanken wisselende leeftijdsgrenzen gehanteerd, vanaf 18-25 jaar tot 45-50 jaar. Het gezamenlijke standpunt van de NVOG en de Vereniging voor Klinische Embryologie gaat uit van zaaddonoren met een ondergrens van 18 jaar en een bovengrens van 45 jaar. Heeft de donor erfelijke afwijkingen in de familie, zelf een genetische aandoening of een niet-behandelbare geslachtsziekte, dan komt hij niet in aanmerking voor donorschap. Voor het doneren van zaad wordt buiten een reis- en onkostenvergoeding (ongeveer € 75) geen geld betaald.²² Zaad kan ook afkomstig zijn van een door de wensouders zelf aangezochte donor: een vriend, kennis of familielid.

Bij het gebruik van donorzaad bestaat een licht verhoogde kans op zwangerschapsvergiftiging (preëclampsie). Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat de vrouw niet eerder met het 'vreemde' donorzaad in contact is gekomen. Dit verklaart ook dat het risico kleiner wordt na meerdere inseminatiecycli met hetzelfde zaad.²³ Het (beperkte) risico op zwangerschapsvergiftiging vormt voor de beroepsgroep geen aanleiding om af te zien van zaaddonatie.²⁴

Ethische dilemma's zaaddonatie

Bij het gebruik van donorzaad (en donoreicellen of donorembryo's; zie de volgende paragrafen) speelt altijd het dilemma van de bekendheid van het kind met de wijze waarop het is verwekt.²⁵ Niet al te lang geleden was het ongebruikelijk om kinderen te vertellen over de genetische afstamming bij gebruik van donorgameten.²⁶ Ouders blijken het erg moeilijk te vinden om kinderen te vertellen dat zij niet genetisch afstammen van een of beide ouders. Zij zijn bang dat hun kinderen hiervan geschokt en verward zullen raken of dat de positieve relatie met de niet-genetische ouder negatief zal worden beïnvloed.²⁷ Hoewel tegenwoordig ouders meer en meer de intentie hebben om kinderen voor te lichten over hun ontstaansgeschiedenis, blijken deze intenties in veel gevallen toch niet

22 NVOG/KLEM, *landelijk standpunt spermadonatie, specifieke eisen voor spermadonoren*, dit betreft een concept-standpunt.

23 Kyrou e.a. 2010.

24 NVOG 2016, p. 20.

25 Nuffield Council On Bioethics 2013.

26 De Winter e.a. 2012, p. 211-212.

27 Golombok 2015, p. 99.

te worden gevolgd door het ook daadwerkelijk geven van openheid van zaken.²⁸ Het uitblijven van voorlichting komt (uiteraard) minder voor in gezinnen waarbij het gebruik van een donor een logisch gevolg is van de samenstelling (twee vrouwen/twee mannen). Inmiddels is er een breed gedragen consensus dat het de voorkeur verdient om kinderen al op een bij de ontwikkeling van het kind passende leeftijd voor te lichten over hun genetische afstamming, ook om te voorkomen dat kinderen op latere leeftijd alsnog achter dit 'grote geheim' komen.²⁹ Hierdoor wordt voorkomen dat er een cesuur ontstaat tussen de periode waarin het kind 'het weet', en de periode waarin dat niet het geval was. Bij de begeleiding van de wensouders wordt de wenselijkheid van openheid over de afstamming door artsen actief onder de aandacht gebracht.

Tot de invoering van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting speelde tevens het dilemma van de anonimiteit van de donor. De wens van donoren om anoniem te blijven, stond op gespannen voet met het recht en belang van het kind bij de beschikbaarheid van gegevens over zijn afstamming en ontstaansgeschiedenis.³⁰ De communis opinio in Nederland is inmiddels dat het van groot belang is voor het kind om zijn genetische achtergrond te kunnen kennen. De achtergrondgegevens/ persoonskenmerken van de donor kennen is niet hetzelfde als het leren kennen van de donor zelf door hem te ontmoeten. Sinds de invoering van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting kunnen kinderen van twaalf jaar of ouder die weten of vermoeden dat zij zijn verwekt door kunstmatige donorbevruchting, bij de SDKB gegevens opvragen³¹ over de fysieke kenmerken van de donor (lichaamslengte, gewicht, huidskleur, kleur van de ogen, haarkleur en type haar), zijn opleiding, beroep en andere sociale achtergronden (leeftijd, burgerlijke staat, gezinssamenstelling en een door de donor zelf opgemaakte beschrijving van hem kenmerkende eigenschappen en karaktertrekken).³² Vanaf hun zestiende kunnen deze kinderen tevens de persoonsidentificerende gegevens van de donor opvragen. Deze worden hun verstrekt, tenzij zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden.³³ De wet biedt een kind geen recht op contact met de donor

28 Golombok 2015, p. 101.

29 Golombok 2015, p. 93-96 en 115.

30 Vergelijk artikel 7 IVRK en HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*).

31 Artikel 3 lid 1 Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting.

32 Artikel 3 lid 1 onder b Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

33 Artikel 3 leden 2 en 3 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

(zie hiervoor verder Hoofdstuk 9, Opvoeders, verzorgers en ouders zonder gezag). Veel kinderen die via zaaddonatie zijn geboren, willen, zeker als zij wat ouder worden, weten wie hun genetische vader is en een deel van die kinderen onderhoudt ook enige vorm van contact met deze man en vaak ook met de halfbroers en halfzussen.³⁴ Eén op de tien kinderen rapporteerde dat de donor een belangrijke persoon in hun leven werd. In de studies die zijn uitgevoerd, bleken de contacten van kinderen met hun genetische vader of draagmoeder de relatie met hun ouders overigens slechts zelden te verstoren.

Een deel van de wensouders wil om persoonlijke redenen gebruik maken van een ongeregistreerde donor wiens identiteit onbekend is en zal blijven. Hebben zij medische assistentie nodig bij de inseminatie, dan zullen zij hiervoor naar het buitenland moeten gaan. Medici in Nederland zullen en mogen niet meewerken aan het gebruik van ongeregistreerd anoniem donormateriaal.³⁵ Bij zelfinseminatie is het voldoende om al dan niet anoniem gedoneerd zaad uit het buitenland te bestellen. De wensouder(s) hebben dan zelf in de hand of het kind komt te weten waarvandaan dit zaad is gekomen. Een dergelijke handelwijze wordt in Nederland gezien als strijdig met de belangen en rechten van het kind.

Maken wensouders gebruik van het zaad van een bekende donor, dan is het van belang dat zij en de donor (en zijn eventuele partner) hebben besproken welke rol de donor en zijn eventuele partner zullen hebben in het leven van het kind.³⁶ Hoewel genetische (bijvoorbeeld een broer) of sociale nabijheid van een donor voordelen heeft, kleven daaraan ook nadelen. Er kan onduidelijkheid ontstaan over de bemoeienis of de grenzen aan de rol van de donor.

4.2.3 EICELDONATIE

Vrouwen hebben slechts een beperkte hoeveelheid eicellen, die na het 35^e levensjaar snel in kwaliteit en aantal achteruitgaan. Als vrouwen al op jonge leeftijd in de overgang zijn gekomen, bijvoorbeeld na behandeling van kanker of op latere leeftijd zwanger willen worden, kunnen zij daardoor zijn aangewezen op donoreicellen. Anders dan zaaddonatie, vindt eiceldonatie altijd plaats onder medische begeleiding, omdat dit

34 Javda e.a. 2010.

35 Artikel 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

36 Vergelijk in dit verband ook: Antokolskaia 2014, p. 156 en 159-160.

door middel van een IVF-procedure moet geschieden. In Nederland gold lange tijd de grens van 45 jaar voor het uitvoeren van een embryoplaatsing bij de wensmoeder na een IVF-procedure bij de eiceldonor. In 2016 is dit gewijzigd en wordt embryoplaatsing na eiceldonatie mogelijk geacht bij wensmoeders tot 50 jaar.³⁷

Ook met betrekking tot eiceldonatie geldt dat anoniem doneren in Nederland niet tot de in het medische domein aangeboden mogelijkheden behoort. Daarvoor gelden dezelfde eisen en dezelfde dilemma's als voor zaaddonatie. Ook blijkt dat mensen naar het buitenland (met name België en Spanje) uitwijken om zwanger te worden van anoniem gedoneerde eicellen.³⁸ Maar voor het uitwijken naar het buitenland kan ook de ruimere beschikbaarheid van medische behandelingen een rol spelen.³⁹

Het aantal in Nederland beschikbare donoreicellen is gering. Indicaties voor wachttijden worden niet gegeven, maar de wachtlijsten zijn lang.⁴⁰ In Nederland wordt daarom in de meeste gevallen gebruik gemaakt van een donor uit de omgeving, een zus of vriendin. Voorheen was het niet mogelijk om eicellen veilig in te vriezen, maar sinds 2008 kan dit wél (vitricificatie) en wordt dit ook in Nederland gedaan.⁴¹ Daarmee is het mogelijk geworden om eicellen op te slaan voor later gebruik door de vrouw zelf (*social freezing*) of door anderen.

Omdat veel vrouwen geen eigen eiceldonor hebben en dus alleen in het buitenland terecht kunnen, is besloten in het UMCU (Utrecht), Medisch Centrum Kinderwens (Leiderdorp) en AMC (Amsterdam) een eicelbank te starten. Vrouwen die doneren voor de eicelbank, ontvangen een vaste onkostenvergoeding van € 900.⁴² Het aantal beschikbare donoren blijft tot op heden (veel) geringer dan de vraag.⁴³

37 NVOG 2016, p. 25-26.

38 De Winter e.a. 2012, p. 221.

39 Shenfield e.a. 2010.

40 Informatie: www.bijzonderewaarde.nl (UMC) en www.medischcentrumkinderwens.nl.

41 NVOG 2008.

42 Bos 2014, p. 4.

43 Tot 1 juni 2016 hebben de betrokken instellingen de volgende resultaten behaald:

UMCU: 600 vrouwen aangemeld; 35 vrouwen gedoneerd (45 cycli); MCK: 62 aangemeld; 33 gedoneerd (61 cycli); AMC: 16 aangemeld; 3 gedoneerd (4 cycli).

Tot 1 juni 2016 zijn in MCK 71 cycli gestart bij 60 verschillende vrouwen met voor gebruik ingevroren eicellen. Dit heeft geleid tot achttien zwangerschappen, waarvan negen doorgaand zwanger en één zwangerschap nog < drie maanden; vijf levendgeborenen; in het UMCU is bij vijftien vrouwen een embryotransfer verricht, waarvan acht zwanger: twee levend geboren, één doorgaand zwanger, één zwangerschap < drie maanden en vier miskramen.

Voor de eicelbank gelden de volgende criteria: een eiceldonor moet minimaal 23 jaar zijn en als zij geen eigen kinderen heeft minimaal 30 jaar. Deze ondergrenzen zijn ingegeven door de wens lichtvaardige besluitvorming over donatie te voorkomen. Het verschil met de leeftijdsgrens bij zaaddonatie kan worden verklaard uit de ingrijpendheid van de procedure en de risico's die zijn verbonden aan de donor. De maximumleeftijd voor donatie aan de eicelbank is 35 jaar. Bij voorkeur heeft de donor een eigen voltooid gezin. Vóór de donatie wordt de donor medisch en psychologisch gescreend. Heeft zij een verhoogd risico op complicaties bij IVF, een voorgeschiedenis van onvruchtbaarheid, herhaalde miskramen, aanwijzingen voor een verminderde eicelvoorraad of niet-behandelbare seksueel overdraagbare aandoening(en), dan komt zij niet in aanmerking als eiceldonor. Uiteraard moet de vrouw uit vrije wil instemmen met de donatie, na voldoende te zijn voorgelicht over de procedure en de betrokken risico's. Hiertoe moet voldoende communicatie met de vrouw mogelijk zijn.

Het doneren van eicellen is niet zonder risico voor de donor. Door de hormonale stimulatie bestaat er een risico op het ovarieel hyperstimulatiesyndroom (OHSS), een potentieel levensbedreigende aandoening, die in ernstige vorm bij 0,1-2,0% van alle IVF-behandelingen optreedt.⁴⁴ Recentere ontwikkelingen op het gebied van hormonale stimulatie hebben dit risico significant doen afnemen.⁴⁵ Daarnaast bestaat er een klein (< 0,5%) risico op een bloeding of infectie als gevolg van de eicelpunctieprocedure en op een ongewenste zwangerschap als de donor geen adequate anticonceptie toepast.

Ook het gebruik van donoreicellen is niet geheel zonder risico. Zwangerschappen die zijn ontstaan na eiceldonatie, verlopen gecompliceerder dan gewone IVF-zwangerschappen. Er is een verhoogd risico op zwangerschapsvergiftiging (preëclampsie), hoge bloeddruk (hypertensie), groeivertraging en bloedverlies. Ook is het risico op een (grote) meerlingzwangerschap groter indien meerdere embryo's worden geplaatst, hetgeen daarom in Nederland niet (maar in het buitenland wél) gebeurt. Een meerlingzwangerschap geeft zowel voor de moeder als voor de kinderen meer risico's. De kinderen kunnen te vroeg worden geboren en/of

44 In de periode 1984-2008 zijn 6 vrouwen in Nederland overleden ten gevolge van de IVF-behandeling, waaronder 3 als gevolg van OHSS; zie: Braat e.a. 2010.

45 Door de introductie van een ander stimulatieprotocol, GnRH antagonist.

worden geboren met een (te) laag geboortegewicht met als gevolg meer kans op lichamelijke en verstandelijke handicaps.

Ethische dilemma's eiceldonatie

Bij eiceldonatie door een bekende donor speelt het ethische vraagstuk van de vrijwilligheid. De eiceldonor moet goed op de hoogte zijn van de implicaties en de belasting van de donatie. Door het tekort aan eiceldonoren voelen donoren zich mogelijk onder druk staan om te doneren. De eventuele kinderen zullen halfzusjes of -broertjes zijn van de eigen kinderen van de donor. Kortom: begeleiding en voorlichting zijn van het grootste belang. Net als bij het gebruik van een bekende zaaddonor is het van belang dat wensouders en donor (en haar eventuele partner) hebben besproken welke rol zij zullen hebben in het leven van het kind.⁴⁶

Ethisch is uiteraard het uitbuiten van vrouwen, bijvoorbeeld omdat zij zich om financiële redenen voelen gedwongen om te doneren, onacceptabel. De grenzen tussen uitbuiting, commercieel doneren en doneren tegen een redelijke vergoeding zijn mede afhankelijk van de inkomenspositie van de vrouwen. Dat er grenzen worden gesteld aan de vergoeding, is ethisch van belang. Hierover worden internationaal debatten gevoerd, waarbij de vraag naar de ontoelaatbare beïnvloeding, de eventuele druk waaronder vrouwen staan, en de kans om op deze manier geld te verdienen als een legitieme mogelijkheid worden bediscussieerd.⁴⁷ De vaste onkostenvergoeding van € 900 voor een eiceldonor, die bij de Nederlandse eicelbanken wordt gehanteerd, lijkt ook in vergelijking met andere Europese landen reëel te zijn.⁴⁸

De wens tot eiceldonatie kan afkomstig zijn van een lesbisch paar dat in plaats van donorinseminatie wil kiezen voor een IVF-behandeling, waarbij eicellen van de ene vrouw worden gebruikt voor bevruchting met donorzaad en het embryo wordt geplaatst bij de andere vrouw (in de internationale literatuur wordt dit '*shared lesbian motherhood*' genoemd). Dit roept ethisch de vraag op naar de interpretatie van de medische indicatie (medische noodzaak) als onderscheidend criterium van 'wensgeneeskunde'. Als men de medische indicatie strikt interpreteert, zou eiceldonatie binnen een vrouwenpaar erbuiten moeten vallen

46

NVOG 2016.

47

Zie bijvoorbeeld: Wilkinson 2013 en Radcliffe Richards 2010.

48

Bos 2014, p. 4.

(tenzij de ene vrouw een vroege overgang heeft en de andere vrouw om die reden aan haar wil doneren): dan moet er een fysieke obstructie zijn die zwangerschap onmogelijk of gevaarlijk maakt. Maar de medische indicaties voor een dergelijke behandeling zijn inmiddels ruimer. In het ethisch debat wordt ook wel gesteld dat men ruimere niet-medische indicaties zou moeten kunnen hanteren, gebaseerd op een andere visie op de doeleinden van de geneeskunde. Daarbij zouden de relationele en symbolische betekenis van een behandeling een rol krijgen toegekend.⁴⁹ Ook de wens om een kind te krijgen waarbij het moederschap voor beide moeders juridisch vaststaat, zou hierbij mogelijk een rol kunnen spelen (zie Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap).

Nu er mogelijkheden bestaan om eicellen in te vriezen, ontstaan er ook nieuwe ethische kwesties: ten eerste de opslag van eicellen door vrouwen die op deze wijze een zwangerschap uitstellen. Het uitstellen van de zwangerschap heeft te maken met complexe sociale veranderingen en de veranderende rol van de vrouw, waardoor zwangerschappen vaker pas op latere leeftijd ontstaan.⁵⁰ Het heeft uiteraard ook te maken met het belang dat men hecht aan het krijgen van een genetisch eigen kind, en de overweging dat de zwangerschapskansen en de gezondheid van het kind worden beïnvloed door de 'leeftijd' van de eicellen.

Invriezen van eicellen is ook aan de orde als een moeder nu eicellen wil opslaan voor gebruik door haar dochter later, omdat bij de geboorte of kort daarna al bekend is dat de kans groot is dat de dochter later geen eicellen zal hebben (zoals bijvoorbeeld het geval is bij het Syndroom van Turner). Dit heeft de genetische verwantschap tussen de moeder en de dochter als voordeel. Maar het kan natuurlijk ook zijn dat de dochter het feit dat haar moeder de eicellen heeft opgeslagen, ervaart als druk om deze dan ook te gebruiken. De moeder moet zich terdege realiseren dat haar dochter dit misschien niet zal verkiezen en liever eicellen van een onbekende donor zou willen gebruiken.⁵¹

In al dergelijke ethisch niet vanzelfsprekende situaties geldt dat voorlichting en counseling een cruciale rol spelen, opdat de betrokkenen zelf hun ethische afweging maken en nagaan wat bij hen past en wat goed

49 Pennings 2015 en Dondorp e.a. 2010 en Dondorp 2006.

50 Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2007.

51 ESHRE 2011.

voor een kind zou zijn. Het standpunt van de NVOG over geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten sluit hierop ook aan.⁵²

4.2.4 EMBRYODONATIE

Embryodonatie vindt altijd plaats in het medische circuit. In Nederland vindt embryodonatie alleen plaats in Medisch Centrum Kinderwens in Leiderdorp, en alleen op medische indicatie. Voor embryodonatie worden niet apart embryo's gecreëerd. Donorembryo's zijn dan ook beperkt beschikbaar en donatie komt in Nederland weinig voor.⁵³ Het is niet bekend of dit in het buitenland, waar ook commerciële embryodonatie mogelijk is, anders is.⁵⁴ Er vindt in het MCK Leiderdorp enkel donatie plaats van embryo's die overtollig zijn geworden na IVF: patiënten die na voltooiing van hun kinderwens overgebleven embryo's willen doneren. Veel donatieverzoeken werden afgewezen, bijvoorbeeld omdat de embryo's tot stand waren gekomen met anoniem gedoneerde eicellen of omdat er een risico bestond op dragerschap van een genetische mutatie.

Ethische dilemma's embryodonatie

Omdat embryodonatie leidt tot het eventueel tot stand komen van kinderen die geheel verwant zijn aan het donorpaar, levert dit specifieke ethische vragen op. In Nederland is in geval van embryodonatie het gezin van de donoren naar het oordeel van de donerende ouders per definitie voltooid, anders zouden de embryo's nog niet ter beschikking worden gesteld. Van belang is de informatie aan de kinderen: zij hebben in een ander gezin genetische broers en/of zusjes. Verder is van belang dat er afspraken worden gemaakt over de rol die de donoren wel of niet zullen spelen in het leven van de door embryodonatie tot stand gekomen kinderen. Zijn er medische redenen waarom de wensouders geen van beiden gameten beschikbaar kunnen stellen, of zijn daarvoor andere redenen? Dit alles kan een plaats krijgen in de counseling.

52 NVOG 2016.

53 Stand van zaken januari 2016: 168 embryo's in de bank van 70 embryodonateurs; 36 procedures in 5 jaar verricht bij 22 vrouwen: dit resulteerde in 6 zwangerschappen, waarbij 2 miskramen hebben plaatsgevonden en 4 gezonde kinderen zijn geboren.

54 In Europa is embryodonatie toegestaan in Finland (alleen bij overtollige embryo's na IVF) en het Verenigd Koninkrijk (niet gelimiteerd tot overtollige embryo's, maar donoren moeten traceerbaar zijn). Buiten Europa is embryodonatie in ieder geval mogelijk in Canada (30 IVF-klinieken, allemaal een ander protocol, anoniem en niet anoniem, non profit); USA (niet anoniem, commercieel en non-profit); Australië en Nieuw-Zeeland (niet anoniem, in Nieuw-Zeeland is counseling verplicht en selecteren donoren en ontvangers elkaar) en Rusland (anoniem, commercieel).

4.2.5 POSTMORTALE VOORTPLANTING

Inseminatie met zaad van de overleden partner of plaatsing van embryo's na het overlijden van de partner kan alleen als schriftelijke toestemming is verleend door betrokkene aan de partner.⁵⁵ In het Modelreglement Embryowet⁵⁶ is met het oog op een weloverwogen keuze van de nabestaande partner en het belang van het eventuele toekomstige kind afgesproken een bedenktijd van in beginsel twee jaar in acht te nemen. 'In beginsel' geeft aan dat er onder omstandigheden ruimte is voor een kortere bedenktijd, rekening houdend met de individuele situatie. De bedoeling van het hanteren van een bedenktijd is dat de nabestaande partner – na overleg met een psychotherapeut die is gespecialiseerd in rouwverwerking – tot een afgewogen oordeel kan komen aangaande de kinderwens.

Ethische dilemma's postmortale voortplanting

Ook postmortale voortplanting is een omstreken ethische kwestie. Het is goed voorstelbaar dat de achterblijvende partner toch graag nog een kind van de overledene zou willen krijgen, al dan niet samen met een nieuwe partner, bijvoorbeeld om een reeds geboren kind een zusje of broertje te geven. Immers, de overleden partner is degene met wie het oorspronkelijke gezin is gesticht. Die moet dat dan wél expliciet hebben vastgelegd, anders zou dit strijdig zijn met het zelfbeschikkingsrecht van de overledene, want dat zelfbeschikkingsrecht strekt zich ook uit over het gebruik van zijn of haar gameten of embryo's na het overlijden. Ethisch is een kernvraag: wat betekent het voor een kind als het wordt 'verwekt' nadat de genetische ouder is overleden? Zijn de vooruitzichten dan zo problematisch dat men dit niet zou moeten doen/willen, of is dit uiteindelijk aan de vrouw of man, waarbij de relatie met de overledene en de visie op hun gezin bepalend zouden moeten zijn? Als reproductieve technologieën voor alleenstaanden aanvaardbaar zijn, geldt dit dan in dit geval niet evengoed? In de praktijk zullen deze vragen zich eerder voordoen bij een achterblijvende vrouw dan bij een achterblijvende man. Alhoewel het mogelijk is om embryo's in de baarmoeder van een draagmoeder te plaatsen ten behoeve van de achterblijvende partner, wordt dit in het Modelreglement Embryowet als onwenselijk aangemerkt. Dit omdat ten tijde van het opstellen van dit modelreglement nog weinig er-

55

Artikelen 7 en 8 lid 3 Embryowet.

56

Opgesteld ter uitvoering van artikel 2 Embryowet, CBO 2003.

varing was opgedaan met zowel IVF-draagmoederschap als postmortale voortplanting.⁵⁷ Die ervaring is nog steeds gering.

Het in acht nemen van een bedenktijd, zoals afgesproken in het Model-reglement Embryowet, wordt ethisch verschillend beoordeeld. Sommigen zullen dat verstandig en wijs vinden om te voorkomen dat in het rouwproces een niet terug te draaien beslissing wordt genomen. Anderen vinden dat te beschermend of paternalistisch. Ook geldt dat uitstel wel mogelijk moet zijn en dat de vrouw dus niet te oud moet zijn na het verstrijken van de twee jaar.

4.2.6 INVRIEZEN EIERSTOKWEEFSEL OF TESTISWEEFSEL

Naast het invriezen van (rijpe) eicellen en zaadcellen is het ook mogelijk om eierstokweefsel (met daarin onrijpe eicellen) in te vriezen. Dit kan wenselijk zijn indien een behandeling wordt gestart die de vruchtbaarheid kan bedreigen, en het niet mogelijk is om een ‘spoed-IVF-procedure’ te verrichten, waarbij de verkregen rijpe eicellen of embryo’s worden ingevroren. Dit is bijvoorbeeld het geval als de patiënt een kind is en/of er geen tijd is voor een hormonale stimulatie en eicelpunctie. Voorbeelden van dergelijke vruchtbaarheidsbedreigende behandelingen zijn chemotherapie en bestraling. Het eierstokweefsel kan dan later worden ontdooid en teruggeplaatst. Dit terugplaatsen is nog experimenteel. Er zijn op dit moment wereldwijd ongeveer 60 kinderen geboren na een dergelijke ingreep.⁵⁸

Ethische dilemma's invriezen gameten, embryo's, eierstok- of testisweefsel

Een ‘vruchtbaarheidsverzekering’ in de vorm van het preservareren van eicellen, eierstokweefsel of zaad in geval van behandelingen tegen bijvoorbeeld kanker zal over het algemeen geen grote ethische vragen opleveren. Dit geschiedt al lange tijd bij mannen en is thans ook mogelijk bij vrouwen en kinderen.

Ingewikkelder ligt het bij transgenders die voorafgaand aan hun geslachtsverandering gameten laten opslaan. De eicellen van de latere wensvader of de zaadcellen van de latere wensmoeder roepen vragen op over de vader- of de moederrol en over de daarvoor benodigde medische

57

CBO 2003, p. 43.

58

Donnez & Dolmans 2015.

behandelingen. Immers, in geval van eicellen zal een IVF-procedure nodig zijn (al dan niet met donorzaad). Vervolgens zal het embryo moeten worden geplaatst bij de vrouwelijke partner of, in geval van een mannelijke partner, bij een draagmoeder. In geval van zaadcellen zal inseminatie nodig zijn. In geval van eierstokweefsel zal dit eierstokweefsel om evidente redenen niet kunnen worden teruggeplaatst, maar zal moeten worden gewacht op de mogelijkheid tot in vitro maturatie, waarbij onrijpe eicellen in het laboratorium uitrijpen en kunnen worden gebruikt in een IVF-procedure. Er is al wel eierstokweefsel opgeslagen van transmannen, maar hiermee heeft dus nog geen behandeling plaatsgevonden.⁵⁹ Er zijn wel zwangerschappen beschreven met gebruik van tevoren opgeslagen zaad van transvrouwen en van transmannen die zwanger werden na hun sociale en/of medische transitie.⁶⁰ Het nieuwe NVOG-standpunt geeft aan dat er mogelijkheden worden gezien voor het toepassen van geassisteerde voortplanting bij transgenders. Wel moet, gezien de bezorgdheid omtrent het welbevinden van de transgender wensouders en hun kinderen, alsmede gelet op het feit dat de beschikbare wetenschappelijk onderbouwde kennis op dit gebied erg schaars is, terughoudend worden omgegaan met het laagdrempelig en zonder randvoorwaarden aanbieden van fertiliteitsbehandelingen bij deze groep.⁶¹

Ook hier geldt dat de ethische meningen uiteenlopen, waarbij sommigen van oordeel zijn dat dit te ver gaat en verwarrend zou kunnen zijn voor het besef van identiteit van het kind. Anderen zijn daarentegen van oordeel dat het ook transgenders moet worden gegund een genetisch eigen kind te krijgen, en dat het zou getuigen van discriminatie indien dit voor hen niet mogelijk zou zijn.⁶²

Samenvattend en betekenis:

De ontwikkelingen van medische assistentie bij voortplanting gaan snel. IVF, zaad-, eicel- en embryodonatie, en de opslag van gameten en testis- en eierstokweefsel zijn in een rap tempo onderdeel gaan uitmaken van de reguliere zorg. Deze technieken zijn niet los te zien van ethische dilemma's die met deze technieken samenhangen.

59 Professor De Sutter, Gent, persoonlijke mededeling.
 60 Light e.a. 2014.
 61 NVOG 2016, p. 60.
 62 Zie het debat dat ESHRE hierover voert ESHRE 2014.

Voor het kind betekenen deze technieken dat de afstamming, ook van moeders kant, minder zeker is geworden. Kinderen die zijn verwekt na 2004, kunnen achterhalen dat zij met behulp van donorgameten zijn verwekt en wie de donor is, mits de donatie professioneel is begeleid. Er bestaat geen wettelijke verplichting voor de ouders om het kind voor te lichten over de genetische afstamming. Hoewel kinderen via de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting kunnen achterhalen dat zij met behulp van donorgameten of een donorembryo zijn verwekt, moeten zij hiervoor in de praktijk wel eerst ermee bekend zijn of een vermoeden hebben dat donorgameten of een donorembryo zijn gebruikt. Dit zal niet altijd het geval zijn. Dit systeem neemt niet weg dat wensouders in of vanuit het buitenland anonieme gameten en embryo's kunnen betrekken. Dat betekent voor deze kinderen dat zij niet altijd op de hoogte zullen zijn van hun genetische afstamming. Dat kan van belang zijn voor de beleving van hun identiteit, maar kan ook medisch relevant zijn (bijvoorbeeld in verband met erfelijke aandoeningen).

Voor wensouders betekenen deze technieken dat de mogelijkheden om een kind te krijgen zijn toegenomen. Die mogelijkheden zijn echter zeker niet onbeperkt. Het aanbod van donorgameten en donorembryo's is beperkt, dit geldt voor embryo's en eicellen nog meer dan voor zaadcellen. De herkomst van gameten en embryo's is in Nederland altijd te achterhalen. Dit leidt ertoe dat wensouders ervoor kunnen kiezen om medische assistentie in het buitenland te zoeken, waar gameten anoniem en ruimer beschikbaar zijn. Maar dit leidt er ook toe dat in Nederland vaak gebruik wordt gemaakt van bekende eiceldonoren, die daardoor een rol kunnen blijven spelen in het leven van de wensouders en het kind. Daardoor zijn genetische (half)broertjes en -zusjes mogelijk ook in de buurt. Dat leidt tot specifieke sociale en ethische vragen, waarover door potentiële donoren en wensouders vooraf goed moet worden nagedacht. Voorlichting en counseling zijn daarbij cruciaal.

Voor medici betekenen deze ontwikkelingen dat zij worden geconfronteerd met hoge verwachtingen van wensouders en verantwoordelijkheden in de richting van alle betrokkenen bij de medisch geassisteerde voortplanting, zowel de wensouders en de donors als het toekomstige kind.

4.3 MEDISCHE EN ETHISCHE ASPECTEN VAN DRAAGMOEDERSCHAP

4.3.1 ALGEMEEN

Zwanger worden voor een ander kan op verschillende manieren. Als de draagmoeder zwanger wordt via geslachtsgemeenschap of via kunstmatige inseminatie met zaad, gaat het om zogenoemd ‘traditioneel draagmoederschap’. De draagmoeder wordt dan altijd zwanger met gebruik van haar eigen eicellen. Cijfers over hoe vaak traditioneel draagmoederschap voorkomt ontbreken, dit wordt nergens geregistreerd, ook al omdat voor deze behandeling in principe geen medische interventie nodig is en thuis kan worden uitgevoerd.

Vanaf het tijdstip waarop IVF ook werd toegepast met embryo's van eicellen van een donor, werd IVF-draagmoederschap theoretisch mogelijk. Wensouders voor wie dat nodig is, kunnen dankzij een IVF-behandeling genetisch eigen embryo's laten ontstaan en bij een draagmoeder laten implanteren. Van ‘IVF-draagmoederschap’ is sprake als de zwangerschap tot stand komt met behulp van IVF. Daarbij wordt in het algemeen de eicel van de wensmoeder en het zaad van de wensvader gebruikt. Ook is het mogelijk om de eicel van een eiceldonor te gebruiken of gebruik te maken van donorzaad of een donorembryo. In vrijwel alle gevallen zal de draagmoeder bij IVF-draagmoederschap niet de genetische ouder zijn van het kind dat zij draagt.⁶³ Voor IVF-draagmoederschap is telkens de hulp van een arts nodig. De kans van slagen bij IVF-draagmoederschap is vergelijkbaar met IVF en vooral afhankelijk van de leeftijd van degene die de eicellen levert. Dit betekent ongeveer 25% per poging en na drie pogingen zal 60% van alle vrouwen zwanger zijn. Zoals bij elke IVF-zwangerschap bestaat er een kans van ongeveer 20% op een miskraam.

In Nederland is in 1998 gestart met IVF-draagmoederschap.⁶⁴ IVF bij een draagmoeder wordt in Nederland op dit moment alleen aangeboden door het VUmc. Het VUmc hanteert daarbij de geldende standpunten en richtlijnen van de beroepsgroep; zie Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland. Sinds 1998 zijn binnen Nederland in totaal 34 kinderen geboren na in Nederland tot stand gebracht IVF-draagmoederschap, waarbij altijd gebruik werd gemaakt van eicellen en zaadcellen van

63

Dat is alleen anders als de draagmoeder zelf de eiceldonor is.

64

Als onderdeel van een onderzoek naar draagmoederschap door Dermout.

de wensouders.⁶⁵ Hoeveel Nederlandse vrouwen in het buitenland via IVF-draagmoederschap moeder zijn geworden, is onbekend.

De indruk bestaat dat draagmoederschap in Nederland een redelijk marginaal verschijnsel is. Wel blijkt uit internationale schattingen dat draagmoederschap in toenemende mate voorkomt.⁶⁶ Om een indruk te krijgen van de omvang van het verschijnsel is de raad voor de kinderbescherming nagegaan in hoeveel gevallen hij betrokken is geweest bij een draagmoederschapsconstructie. Dat levert echter geen compleet beeld op. Aannemelijk is dat de raad geen zicht heeft op een deel van de kinderen die binnen een draagmoederschapsconstructie worden geboren. Het vermoeden bestaat dat een deel van draagmoederschapsconstructies buiten het zicht van (overheids)instanties plaatsvindt.⁶⁷

De raad rapporteert de volgende cijfers over de afgelopen jaren:

2012	12 zaken (8 IVF-draagmoederschap, 3 traditioneel en 1 buitenland)
2013	19 zaken (4 IVF-draagmoederschap, 12 traditioneel en 3 buitenland)
2014 tot oktober	4 zaken (2 IVF-draagmoederschap en 2 traditioneel)

Over het gebruik van draagmoederschapsconstructies in het buitenland door Nederlanders heeft de Staatscommissie tevens getracht informatie te ontleen aan gegevens van het ministerie van Buitenlandse Zaken met betrekking tot de afgifte van paspoorten. In september 2014 werd daarover het volgende medegedeeld: 'Naar schatting zijn de afgelopen twee jaar 15 paspoortaanvragen in behandeling genomen waarvan bekend is dat het kind via een draagmoeder ter wereld is gekomen. De meest voorkomende landen betreffen de Verenigde Staten, India en Zuid-Afrika.'

Zowel de cijfers van de raad als die van het ministerie van Buitenlandse Zaken lijken aan de lage kant. Een rondgang langs vier advocaten⁶⁸ die

65 In het kader van het onderzoek van Dermout zijn 16 kinderen geboren; zie Dermout 2001. Bij het VUmc zijn 18 kinderen geboren na IVF-draagmoederschap.

66 HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 58-59.

67 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 611 en 615, Boele-Woelki e.a. 2011, p. 88, Wells-Greco 2016, p. 41 en HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 59.

68 Het betreft advocaten die bij de leden van de Staatscommissie bekend zijn als zijnde actief op dit terrein. Zij rapporteerden respectievelijk 80, 52 en 5 trajecten in de afgelopen vijf jaar en 16 trajecten in de afgelopen vier jaar.

actief zijn op het terrein van draagmoederschap, levert over de afgelopen vier tot vijf jaar een hoger aantal in behandeling genomen zaken per jaar op (totaal ongeveer 31 per jaar). In aanmerking moet worden genomen dat draagmoederschapstrajecten langdurig zijn en niet altijd zullen leiden tot een kind. Dan nog is dit aantal groter dan op basis van de gegevens van de raad voor de kinderbescherming of het ministerie van Buitenlandse Zaken zou mogen worden verwacht. Desondanks lijkt ook op basis van deze cijfers het jaarlijks aantal uit een draagmoeder geboren kinderen in Nederland beperkt.

Er is nog weinig onderzoek gedaan naar het welbevinden van kinderen die zijn geboren uit een draagmoeder. Het is de vraag hoe een kind het ervaart om te weten dat het is afgestaan door een draagmoeder, in het bijzonder als deze genetisch aan het kind verwant is. Hoe ervaart het kind het om te weten dat de draagmoeder daarvoor is betaald? Uit het weinige onderzoek dat is gedaan naar het verschil in welbevinden van kinderen die zijn geboren met behulp van draagmoederschap of verschillende vormen van IVF, bleek geen verschil tussen beide groepen.⁶⁹ Daarnaast is er een langlopend Brits onderzoek naar zowel draagmoedergezinnen, IVF-gezinnen en gezinnen die zijn gevormd door natuurlijke voortplanting.⁷⁰ Onderzoek vond plaats toen de kinderen 1, 2, 3, 7 en 10 jaar oud waren.⁷¹ Onderzocht werden het welbevinden van de wensouders, de kwaliteit van hun opvoeding en het gedrag van de kinderen. Gedurende de eerste levensjaren lieten de wensouders die gebruik maakten van draagmoederschap, een groter welbevinden en een positievere beleving van het ouderschap zien dan de andere ouders. Ook de ouder-kindrelatie was positiever.⁷² Wel waren ouders na een draagmoederschapstraject vaker overbetrokken bij het kind. Er waren geen verschillen waar te nemen in het gedrag van de kinderen. Of de draagmoeder wel of niet genetisch verwant aan het kind was, bleek geen verschil te maken. Rond de leeftijden van 7 en 10 jaar verdwenen de verschillen in welbevinden en in de ouder-kindrelatie. Wel waren er rond het zevende levensjaar van het kind meer aanpassingsproblemen bij draagmoederkinderen,

69 Shelton e.a. 2009, zoals aangehaald in Golombok 2015, p. 124.

70 42 families waarin volgens geldende wetgeving draagmoederschap is gebruikt, 51 families met IVF en 80 families met natuurlijke voortplanting. Geschat wordt dat meer dan 60% van de draagmoedergezinnen in het Verenigd Koninkrijk met een éénjarig kind aan het onderzoek heeft deelgenomen; zie Golombok 2015, p. 125.

71 Na 10 jaar nam nog 80% van de respondenten deel.

72 Golombok 2015, p. 126.

maar dit bleef binnen een gewone bandbreedte. Dit kleine verschil bleek rond het tiende levensjaar ook weer verdwenen.⁷³

Wensouders die een kind hebben gekregen via een draagmoeder, blijken meer open te zijn naar hun kinderen over de manier waarop zij zijn geboren, dan ouders die gebruik hebben gemaakt van eicel- of zaaddonatie. In de regel vertellen de ouders hun kind rond het zevende levensjaar over het draagmoederschap. Overigens laten de ouders daarbij in het midden of de draagmoeder genetisch verwant aan het kind is. De meeste kinderen accepteren dat en staan er vrij neutraal tegenover. Hoe dit zal zijn als zij ouder zijn, is vooralsnog onbekend.

Het onderzoek laat zien dat er tijdens de zwangerschap een regelmatig contact tussen de wensouders en de draagmoeder was. Zonder uitzondering stonden alle draagmoeders na de bevalling het kind af en namen alle wensouders het kind in hun gezin op. Onderzoek naar draagmoeders laat zien dat zij - ook na verloop van tijd - weinig tot geen psychische problemen ondervinden, ook niet als zij genetisch verwant aan het kind zijn. In veel gevallen blijft er contact met de wensouders en het kind, en in een deel van de gevallen ook tussen de eigen kinderen van de draagmoeder en het kind.⁷⁴ Zo had in een Engelse studie 32% van de draagmoeders nog maandelijks contact met het kind dat zij hadden gedragen (en meestal ook met de wensouders), 44% had tussen één keer per maand en één keer per jaar contact en 24% had geen enkel contact meer. De contacten namen overigens af naarmate de kinderen ouder werden.⁷⁵

Hoewel de beschikbare onderzoeken klein van omvang zijn, kan worden geconcludeerd dat mogelijke negatieve verwachtingen rond het welbevinden van kinderen, draagmoeders en wensouders op de korte en middellange termijn niet worden bewaarheid.

73 Een vergelijkbare ontwikkeling is waarneembaar bij internationaal geadopteerde kinderen. Dit kan ermee hebben te maken dat het kind zoekt naar identiteit, wetend dat het 'anders is' dan andere kinderen.

74 Golombok 2015, p. 135.

75 Beschreven in Parke 2013.

Samenvattend en betekenis:

IVF-draagmoederschap komt in Nederland weinig voor. Hoe vaak gebruik wordt gemaakt van traditioneel draagmoederschap is onbekend, maar waarschijnlijk is dit aantal ook beperkt.

Er is slechts beperkt onderzoek beschikbaar naar het welbevinden van kinderen die zijn geboren uit een draagmoeder, of naar het welbevinden van de draagmoeder. Uit het beschikbare onderzoek blijkt niet dat draagmoederschap negatieve effecten heeft op het welzijn van het kind of de relatie tussen het kind en de (wens)ouders. De onderzochte draagmoeders hadden evenmin negatieve gevolgen van het draagmoederschap ondervonden. Wensouders die gebruik hebben gemaakt van een draagmoeder, blijken meer open te zijn naar hun kinderen over de ontstaansgeschiedenis dan ouders van wie het kind is ontstaan met behulp van donorgameten.

Hoewel de beschikbare onderzoeken klein van omvang zijn, kan worden geconcludeerd dat mogelijke negatieve verwachtingen rond het welbevinden van kinderen, draagmoeders en wensouders op de korte en middellange termijn niet worden bewaarheid.

4.3.2 ETHISCHE KWESTIES DRAAGMOEDERSCHAP*Het belang en recht van het kind om niet te worden gescheiden van de ouders*

Kinderen hebben er belang bij en recht op om niet te worden gescheiden van de eigen ouders en, voor zover mogelijk, door hen te worden verzorgd.⁷⁶ Bij het gebruik van donorgameten en zeker bij draagmoederschap rijzen specifieke vragen in dit verband. Wie zijn de 'eigen' ouders van het kind? Genetische verwantschap lijkt hiervoor geen absolute voorwaarde te zijn. Specifiek bij draagmoederschap bestaat het gevaar dat een kind klem komt te zitten tussen de draagmoeder en de wensouders. Daarvan kan sprake zijn als de wensouders terugkomen op hun wens en de draagmoeder laten zitten met een kind dat zij niet zelf wenst op te voeden. Ook als de draagmoeder terugkomt op haar initiële bereid-

76

Dit uitgangspunt is verankerd in artikel 8 EVRM, in artikel 9 IVRK en in Boek 1 BW; zie hiervoor Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, Hoofdstuk 7, Gezag, en Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland.

heid om het kind af te staan, kan het kind onderwerp worden van strijd tussen draagmoeder en wensouder om het recht op ouderschap van het kind. In beide gevallen zal een kind niet vanaf de geboorte zekerheid hebben over het antwoord op de vraag wie als zijn ouders gaan fungeren, en over hun verantwoordelijkheid voor zijn verzorging.

Het belang van het kind om niet te worden verkocht (en geleverd)

Een van de terugkerende bezwaren die worden genoemd tegen (betaald) draagmoederschap, is dat dit kinderen reduceert tot een verhandelbaar object en daarmee hun menselijke waardigheid aantast. Een benadering van het ‘bestelde kind’ dat op bepaalde kenmerken wordt geselecteerd (eugenetica), zou door draagmoederschap ook dichterbij komen.⁷⁷ Voor de vraag of er een onderscheid bestaat tussen betaald draagmoederschap en de verkoop van kinderen, wordt in de literatuur de nadruk gelegd op de vraag waarop de compensatie bij draagmoederschap is gericht: het dragen van het kind, de overdracht van de ouderlijke verantwoordelijkheid of beide. Een vergoeding ten aanzien van het dragen van het kind loopt minder het risico te worden aangemerkt als een commerciële en daarmee ontoelaatbare vergoeding, dan een vergoeding ten behoeve van de overdracht van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

In het kader van adoptie is in het Haags Adoptieverdrag⁷⁸ als een van de uitgangspunten geformuleerd dat de toestemming voor adoptie niet mag zijn verkregen tegen betaling of in ruil voor enige andere tegenprestatie.⁷⁹ Vergelijkbare noties zijn te vinden in de discussie over vergoedingen voor afstandsouders, zoals die in bepaalde staten van de Verenigde Staten mogelijk zijn. In de literatuur wordt in dat kader gewezen op de vraag op welk tijdstip de vergoeding wordt betaald.⁸⁰ gebeurt dit in maandelijkse termijnen gedurende de zwangerschap, dan zal de nadruk van de vergoeding liggen op een vergoeding voor de ongemakken van de zwangerschap.⁸¹ Wordt betaald in de vorm van een som ineens na de overdracht van het kind, dan zal de vergoeding eerder (lijken te) zijn gericht op de overdracht van het kind.

77 Achmad 2012-1, p. 7.

78 Trb. 1996, 94.

79 Artikel 4 aanhef en onder c aanhef en onder 3 Haags Adoptieverdrag.

80 Watson 2007 en Carroll 2010.

81 Overigens wordt ook tegen deze benadering wel bezwaar gemaakt, omdat deze zou leiden tot commodificatie van de baarmoeder van de vrouw. Dat argument raakt aan de vraag of de draagmoeder een dienstverlener in het economisch verkeer is; zie Tobin 2014, p. 340.

Maar een onderscheid tussen een vergoeding voor het dragen en baren van het kind en voor de overdracht blijft kwetsbaar. Hoe goed valt de compensatie voor het dragen en baren van het kind werkelijk te onderscheiden van het doel van de overdracht van het kind?

Een vergoeding die uitgaat boven daadwerkelijk gemaakte kosten om het kind te kunnen dragen en baren, lijkt dan ook vatbaar voor het verwijt dat sprake zou zijn van betaald draagmoederschap en kinderkoop. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de grenzen ethisch en juridisch onduidelijk zijn.

Betaald draagmoederschap – de positie van de draagmoeder

Naast het effect van betaald draagmoederschap op het kind is er een uitvoerig debat gevoerd over de mogelijke negatieve invloed van de vergoeding of de beloning op de vrijheid van de vrouw om ervoor te kiezen om als draagmoeder te fungeren.⁸² Wanneer is er sprake van een redelijke vergoeding en wanneer kan men zich afvragen of de vrouw zich door haar omstandigheden genoodzaakt of zelfs gedwongen voelt om vanwege financiële redenen draagmoeder te zijn? Als financiële motieven de reden vormen dat een vrouw aanbiedt als draagmoeder te fungeren, kan sprake zijn van uitbuiting of zelfs mensenhandel; zie hierover ook Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland. Dit risico zal mogelijk eerder aanwezig zijn als er wordt betaald voor het draagmoederschap. Onder betaald draagmoederschap wordt door de Staatscommissie verstaan: een arrangement waarbij de wensouder(s) de draagmoeder een financiële of anderszins op geld waardeerbare vergoeding geeft (geven), die de daadwerkelijke kosten te boven gaat, die voor de draagmoeder zijn of zullen zijn verbonden aan het dragen en baren van het kind.⁸³ Het VUmc sluit momenteel betaald draagmoederschap uit. Wordt een draagmoeder in het buitenland (o.a. de Verenigde Staten, India en Oost-Europese landen) ingeschakeld, dan is vrijwel altijd sprake van betaald draagmoederschap.

Ook zonder dat wordt betaald voor de diensten van de draagmoeder is een zwangerschap een kostbare aangelegenheid. Het ligt voor de hand dat de kosten worden gedragen door de wensouders, voor zover deze

82 Zie bijvoorbeeld: Purdy 1990 en ESHRE 2005.

83 Definitie ontleend aan Wells-Greco 2016, p. 321: 'Commercial surrogacy is understood as an arrangement where the intending parent(s) pay the surrogate mother financial remuneration or any other form of consideration in excess of the actual out-of-pocket expenses incurred, or to be incurred, by the surrogate mother as a consequence of her carrying and giving birth to the child'.

niet vallen onder de bestaande sociale voorzieningen en verzekeringen. Dat is ook het uitgangspunt van het modelreglement van het VUmc. Vergoedbare kosten die in internationaal verband worden genoemd, vallen uiteen in vier hoofdcategorieën, met daarbij verschillende deeltkosten.⁸⁴ Op enkele kostenposten wordt nader ingegaan.

1. **Medische en andere zorgkosten**

- Kosten verbonden aan IVF
- Kosten verbonden aan donor(gameten)
- Kosten verbonden aan de zwangerschapszorg
- Eventuele medische controle draagmoeder
- Psychologische begeleiding draagmoeder
- Psychologische begeleiding wensouders
- Verzekeringskosten eventuele aanvullende medische verzekeringen draagmoeder
- Eventueel medisch noodzakelijke hulp in de huishouding van de draagmoeder

2. **Juridische kosten**

- Juridische begeleiding opstellen draagmoederschapsovereenkomst
- Juridische begeleiding overdracht kind aan wensouders
- Juridische bijstand draagmoeder
- Griffierechten

3. **Bemiddelingskosten**

4. **Vergoedingen voor de draagmoeder**

- Reiskosten draagmoeder
- Eventuele oppaskosten voor andere kinderen van de draagmoeder gedurende de noodzakelijke stappen in het proces
- Eventuele medisch niet noodzakelijke hulp in de huishouding
- Kleedgeld draagmoeder (positiekleding)
- Arbeidsongeschiktheidsverzekering draagmoeder
- Levensverzekering draagmoeder⁸⁵

84 Indeling gebaseerd op HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 64 en Wells-Greco 2016, p.56-57 en 249 e.v.

85 Het VUmc hanteert als richtlijn een te verzekeren bedrag van € 350.000 op het leven van de draagmoeder ten gunste van de man of partner van de draagmoeder.

Levensverzekering wensouders⁸⁶

Compensatie voor inkomstenderving draagmoeder

Vergoeding voor het dragen van het kind

Compensatie voor het ongemak tijdens de zwangerschap en de pijn bij en na de bevalling

De bemiddelingskosten vallen onder het in Nederland strafbare bemiddelen tussen draagmoeder en wensouders;⁸⁷ zie hierover verder Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland. Dergelijke kosten mogen dus niet in rekening worden gebracht.

Vanuit het perspectief van de vrijheid van de draagmoeder is het van belang kosten te onderscheiden die, als deze worden vergoed, mogelijk een druk leggen op de vrijheid van de vrouw om ervoor te kiezen om al dan niet draagmoeder te zijn. Onkosten die direct in verband staan met de zwangerschap, worden niet snel gezien als betaling. Hoe verder de kosten zijn verwijderd van de zwangerschap zelf, hoe minder de vergoeding eenduidig als onkostenvergoeding kan worden aangemerkt. Daardoor kunnen zij mogelijk een extra druk opleveren voor de draagmoeder.

De vergoeding van medisch niet noodzakelijke hulp in de huishouding zal waarschijnlijk niet snel leiden tot een extra druk op de vrouw om draagmoeder te worden. Minder eenduidig ligt een compensatie voor inkomstendervingen. Indien de inkomstenderving voldoende concreet is, zal hieruit waarschijnlijk echter evenmin een extra druk op de vrouw ontstaan om draagmoeder te worden. Het permanente bureau van de Haagse Conferentie schaaft gedeelde inkomsten onder 'redelijke kosten' en acht daarmee een vergoeding daarvan mogelijk zonder dat sprake

86 Het VUmc hanteert als richtlijn een te verzekeren bedrag van € 150.000 per persoon op het leven van de wensouders ten gunste van de draagmoeder en partner, met een looptijd totdat het kind via adoptie is overgedragen aan de wensouders. Logischer zou overigens zijn om een totaalbedrag te verzekeren voor het geval dat door overlijden van beide wensouders de adoptie niet langer kan plaatsvinden.

87 Artikel 151b lid 1 WvSr luidt:
'Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie'.

is van betaald draagmoederschap.⁸⁸ Op deze benadering bestaat ook kritiek vanuit kinderrechtenperspectief.⁸⁹

De in de opsomming genoemde vergoeding voor het dragen van het kind, of als compensatie voor het ongemak tijdens de zwangerschap en de pijn en inspanningen bij en na de bevalling, is zonder veel twijfel een vergoeding die de daadwerkelijke kosten te boven gaat. De positie kan worden ingenomen dat een dergelijke vergoeding nodig of wenselijk is. De moeite en de pijn van de draagmoeder zijn geenszins fictief. In ieder geval vallen dergelijke vergoedingen onder betaald draagmoederschap. Of een dergelijke vergoeding leidt tot een druk op de vrouw om draagmoeder te worden, zal afhankelijk zijn van de hoogte van de vergoeding in relatie tot de financiële positie van de vrouw en haar omgeving.

Betaald draagmoederschap – exploitatie en zelfbeschikking

Daarnaast wordt betaald draagmoederschap ook in verband gebracht met de exploitatie van het lichaam van de draagmoeder. (Betaald) draagmoederschap zou vrouwenlichamen maken tot ‘fetal containers’.⁹⁰ Daarbij wordt soms ook een verband gelegd met prostitutie.

Anderen vinden dat het tot het zelfbeschikkingsrecht van vrouwen behoort om op deze manier een dienst te verlenen aan wensouders die niet op een andere manier een eigen kind kunnen krijgen.⁹¹ Het debat over het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder houdt tevens verband met de vraag hoe haar vrijheid is gewaarborgd gedurende het draagmoederschap. Is het mogelijk om afspraken te maken over de leefwijze van de zwangere vrouw? Wat als zij zich niet daaraan houdt? Kan de draagmoeder worden verplicht tot het ondergaan van prenatale diagnostiek? Wat te doen als blijkt dat het nog ongeboren kind een (ernstige) aandoening heeft? Zijn afspraken te maken over abortus en over wat te doen als de draagmoeder van gedachten verandert?

88 Zoals enigszins impliciet blijkt uit de volgende vraag: ‘It is often difficult to draw the line between what is an altruistic surrogacy arrangement and what is a for-profit arrangement. For example, if a surrogate is unemployed prior to conception but can claim “reasonable expenses”, including loss of earnings, for the arrangement, is this arrangement still “altruistic”?’; zie HCCH 2014-2, Annex A, p. i.

89 Tobin 2014, p. 318.

90 Purdy 1990.

91 Watson 2007, p. 544-546.

De relatie tussen draagmoeder en kind

In veel gevallen blijkt er voor kortere of langere termijn contact te blijven bestaan tussen de draagmoeder en het gezin van kind en wensouders.⁹² In dit verband speelt dezelfde ethische discussie die bestaat bij openheid en traceerbaarheid van donoren. Als het kind in Nederland wordt geboren, staat de draagmoeder als moeder op de geboorteakte vermeld. Daarmee is voor het kind altijd te achterhalen wie de draagmoeder was. In het buitenland wordt niet altijd de draagmoeder als moeder op de geboorteakte vermeld. Het kind is dan van zijn wensouders afhankelijk voor het achterhalen van de identiteit van de draagmoeder. Dit is temeer van belang als het kind wordt geboren uit traditioneel draagmoederschap, waarbij de draagmoeder ook de genetische moeder van het kind is. Als het gaat om een bekende draagmoeder uit de omgeving van de wensouders, die om altruïstische redenen bereid is het kind te dragen en te baren, zullen de draagmoeder en het kind elkaar mogelijk vaker tegenkomen dan wanneer gebruik is gemaakt van een 'onbekende' draagmoeder.

Samenvattend en betekenis:

Bij draagmoederschap spelen enkele specifieke risico's die leiden tot juridische en ethische vragen.

- Komt draagmoederschap in strijd met het belang en recht van het kind om niet te worden gescheiden van de ouders? Hoe kan recht worden gedaan aan de positie van de geboortemoeder, terwijl tevens wordt voorkomen dat het risico bestaat dat onzekerheid ontstaat over het antwoord op de vraag wie als ouders van het kind zullen komen te fungeren, bijvoorbeeld indien de draagmoeder of wensouders zich willen terugtrekken uit het draagmoedertraject? Welke rol zou het al dan niet bestaan van een genetische band tussen draagmoeder en kind daarbij moeten spelen?

- Het is in strijd met de menselijke waardigheid van een kind dat het handelswaar zou worden. Een betaling aan de draagmoeder kan daarbij, afhankelijk van de hoogte en de situatie van de draagmoeder, leiden tot ongewenste druk om als draagmoeder op te treden. Tegelijkertijd is het in het belang van de draagmoeder dat goed voor haar wordt gezorgd. Welke vergoedingen aan de draagmoeder zijn in het licht van die –botsende– belangen redelijk en toelaatbaar?
- Hoe kan het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder binnen de draagmoederschapsconstructie worden beschermd?
- Welke rol speelt de draagmoeder in het verdere leven van het kind en hoe kan informatie over de ontstaansgeschiedenis voor het kind toegankelijk worden gemaakt?

4.3.3 ETHISCHE DILEMMA'S BIJ INTERNATIONAAL DRAAGMOEDERSCHAP

De mogelijkheden voor draagmoederschap in Nederland zijn beperkt. Veel wensouders kiezen daardoor een draagmoeder in het buitenland. Dit betreft in vrijwel alle gevallen betaald draagmoederschap. De kosten van internationaal draagmoederschap verschillen per land als gevolg van de uiteenlopende eisen die in het desbetreffende land worden gesteld aan draagmoederschap en als gevolg van welvaarts- en prijsniveauverschillen. Maar prijsverschillen ontstaan ook doordat de kosten die dienen te worden vergoed, mede afhankelijk zijn van het stelsel van gezondheidszorg en de sociale voorzieningen van het desbetreffende land. Daarnaast hangen kosten mede af van de wensen van de wensouders: een ervaren draagmoeder kost doorgaans meer dan een onervaren draagmoeder. Ook verschillen de kosten voor eiceldonoren en bemiddelingsbureaus per land. De totaalkosten van een internationaal draagmoederschapstraject kunnen daardoor uiteenlopen tussen de \$ 60.000 en \$ 225.000, met uitschieters naar boven.⁹³

Er bestaat (nog) geen internationale regelgeving op het terrein van draagmoederschap.⁹⁴ Mede hierdoor leidt internationaal draagmoederschap in potentie tot specifieke problemen voor het kind, die worden

93 HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 65. Dit betreft inschattingen die zijn gemaakt door een advocaat met betrekking tot draagmoederschapstrajecten in Thailand, India en de Verenigde Staten.

94 De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht heeft een expertcomité ingesteld, dat momenteel bekijkt in hoeverre een mondiaal verdrag over draagmoederschap haalbaar is. Ook Nederland levert een expert voor dit expertcomité.

beschreven in Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief. De ethische dilemma's die in het algemeen in kaart zijn gebracht, kunnen in internationaal verband een extra dimensie krijgen.

Ouderschap van de wensouders, zoals dat tot stand komt in het land waarin de draagmoeder woont, wordt niet altijd erkend in het land waarin de wensouders wonen en waar zij dus met het kind naartoe zullen gaan nadat het kind aan hen is overgedragen; hierdoor treedt een situatie van hinkende rechtsverhouding op. Hinkende rechtsverhoudingen kunnen leiden tot staatloosheid van het kind, hetgeen ingaat tegen het recht van het kind op een nationaliteit vanaf de geboorte.⁹⁵ Maar niet alleen staatloosheid is een gevaar. Soms blijken wensouders niet met het kind te kunnen uitreizen uit het land waarin het kind is geboren, en moeten zij daar noodgedwongen gedurende langere tijd verblijven.⁹⁶ In extreme gevallen kan dit tot gevolg hebben dat het kind voor een periode in een instelling terechtkomt.

Daarnaast kan het niet erkennen van het in het geboorteland van het kind ontstane ouderschap in strijd komen met het belang van het kind bij behoud van zijn identiteit, met inbegrip van de naam en familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend.⁹⁷ Sommigen scharen ook de plek waar men wordt geboren, en de etnische en culturele oorsprong van de gametendonator of de draagmoeder onder de identiteit van het kind.⁹⁸ Dit aspect van identiteit is tevens verankerd binnen de context van interlandelijke adoptie.⁹⁹ Zeker oudere kinderen hebben in het geval van adoptie reeds een etnische en culturele identiteit ontwikkeld in het land van herkomst. Er kan verschillend over worden gedacht of dat voor het ongeboren kind ook het geval is. De etnische en culturele oorsprong maakt in dat geval deel uit van het persoonlijke verhaal van het kind. In verband daarmee is van belang op te merken dat internationaal draagmoederschap het vinden van afstammingsinformatie en de mogelijkheid van contact met de draagmoeder voor kinderen kan bemoeilijken.

95 Artikel 7 lid 1 IVRK.

96 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 10 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP0426.

97 Artikel 8 IVRK; zie ook EHRM 26 juni 2014, 6592/11 (*Mennesson/Frankrijk*), r.o. 99.

98 Achmad 2012-2, p. 209-210.

99 Zie artikel 21 onder c IVRK en de preambule en artikel 4 onder b Haags Adoptieverdrag.

De positie van de draagmoeder is afhankelijk van de bescherming die zij ontvangt van het land waarin zij verblijft. Het is voor de Nederlandse overheid en de Nederlandse rechter in gevallen van internationaal draagmoederschap moeilijk vast te stellen of de draagmoeder vrijwillig heeft meegewerkt. Dat is ook voor wensouders vaak niet mogelijk. Uiteraard zijn er landen waarin op dit terrein minder zorgen bestaan dan in andere landen. Tegelijkertijd zal een rechter, geconfronteerd met een kind dat is geboren uit een draagmoeder, ook als de lokale regels niet zijn gevolgd, vaak moeilijk anders kunnen dan in het belang van het kind de afstammingsrelatie tussen wensouders en kind erkennen.¹⁰⁰ De bescherming van het kind gaat daarmee ten koste van de bescherming van de draagmoeder.¹⁰¹

Samenvattend en betekenis:

Internationaal draagmoederschap kan een aantal specifieke problemen met zich brengen, die in de eerste plaats verband houden met de onzekerheid over erkenning van het ouderschap van de wensouders, zoals dat is ontstaan in het land waar de draagmoeder woont (zie hiervoor verder Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief).

Internationaal draagmoederschap kan tevens de mogelijkheden voor het kind om bekend te worden met de eigen ontstaansgeschiedenis bemoeilijken: gegevens over de gebruikte gameten en de identiteit van de draagmoeder zullen niet noodzakelijkerwijs laagdrempelig en onafhankelijk van de wensouders beschikbaar zijn.

Het is voor de Nederlandse rechter moeilijk om de omstandigheden waaronder het draagmoederschap heeft plaatsgevonden, te controleren. De draagmoeder is daardoor extra kwetsbaar in het geval van internationaal draagmoederschap.

100

Scherpe 2016, p. 93-94.

101

Radcliffe Richards 2010.

4.4 TOEKOMSTVERWACHTINGEN

Celkerntransplantatie en cytoplasmatransplantatie

Begin 2015 werd in mediaberichten gesproken over kinderen met drie ouders. Deze berichten verwezen naar de besluitvorming over het toestaan van celkerntransplantatie in het Verenigd Koninkrijk (als enig land ter wereld). Deze ingreep wordt toegepast bij vrouwen die lijden aan erfelijke mitochondriële ziekten. Eerst wordt een donoreicel ontdaan van haar kern (met daarin het DNA), zodat er alleen cytoplasma (met daarin mitochondriën van de donor) achterblijft. Dan wordt de kern van de bevruchte eicel van de wensmoeder in de donoreicel gebracht.

Ook bij cytoplasmatransplantatie bij IVF wordt gebruik gemaakt van donorcytoplasma (met daarin dus mitochondriën van de donor). Dit cytoplasma wordt geïnjecteerd in de eicel van de patiënte, waarna die eicel wordt geïnjecteerd met een zaadcel van de partner van de patiënte. De gedachte is dat dit de kans op zwangerschap zou verhogen, bijvoorbeeld door cytoplasma (en dus mitochondriën) van een jongere donor te gebruiken. In 2000 is in de Verenigde Staten een meisje geboren na deze techniek. Maar sindsdien is deze techniek vanwege de veiligheidsrisico's verboden, ook in de Verenigde Staten en China. Er vindt wel wetenschappelijk onderzoek plaats.

Bij beide technieken is er na de bevruchting genetisch materiaal van drie personen in de eicel aanwezig, alhoewel de bijdrage van de donor (mitochondriën) minimaal is. De mediaberichten over drie ouders lijken, gelet op de genetische bijdrage, dan ook overdreven. In juridische zin is de donor overigens niet de ouder van het kind.¹⁰²

Stamcelbehandelingen

In de wat verdere toekomst zal het wellicht mogelijk zijn om via een stamcelbehandeling, bijvoorbeeld uit huidcellen, zaadcellen of eicellen te maken. Vervolgens zijn er allerlei mogelijkheden: als bij een van de partners eicellen of zaadcellen ontbreken, kunnen deze alsnog worden gemaakt. Een lesbisch stel kan een zaadcel maken uit een stamcel en zo een embryo maken met een eicel van de partner. Twee mannen kunnen zo een eicel maken uit een stamcel en een embryo maken van die eicel en een zaadcel en dat laten implanteren bij een draagmoeder. Een vrouw

kan de kern laten verwijderen uit haar eigen eicel en daarin vervolgens een eigen stamcel laten inbrengen (klonen). Klonen om een kind ter wereld te brengen, het zogenaamde reproductieve klonen, wordt op dit moment nog door alle wet- en regelgeving verboden. Over klonen wordt een uitvoerig ethisch debat gevoerd. Het voert evenwel te ver om hierop op deze plaats nader in te gaan.

Baarmoedertransplantaties

In september 2014 werd in Zweden een eerste kind geboren uit een getransplanteerde baarmoeder. Inmiddels worden baarmoedertransplantaties ook uitgevoerd (op experimentele basis) in het Verenigd Koninkrijk en China.

Over dergelijke transplantaties is een ethisch debat gaande, dat vooral gaat over de risico's van de ingreep voor de vrouw en met name de medicatie die zij moet gebruiken zolang de baarmoeder in haar lichaam zit. Daarnaast is er discussie over de risico's voor de donor als het om een donatie bij leven gaat. Het uitnemen van een baarmoeder is een belastende ingreep met risico's. Sommigen menen derhalve dat alleen postmortale donatie mogelijk zou moeten zijn. Dat zou het aantal beschikbare baarmoeders zeer beperkt maken. Bij nierdonatie is gerichte donatie bij leven mogelijk (de donor geeft zijn/haar nier aan een specifieke ontvanger). Voor baarmoederdonatie zou eenzelfde systeem denkbaar zijn. De achterliggende vraag is uiteraard: kiest de vrouw voor de transplantatie om zelf de ervaring van de zwangerschap te hebben? Of kiest men daarvoor omdat er geen persoon beschikbaar is die met behulp van IVF-draagmoederschap zwanger wil worden en het kind voor de wensouder wil baren? De vraag naar deze techniek lijkt daarmee ten minste ten dele samen te hangen met de beschikbaarheid van (IVF-) draagmoederschap.

Ectogenese

Ectogenese is het geheel opkweken van embryo's buiten de baarmoeder.¹⁰³ Deze techniek is op dit moment in Nederland niet toegestaan bij mensen.¹⁰⁴ Bij ectogenese kan aan verschillende technieken worden gedacht: het kweken of in leven houden van een menselijke baarmoeder buiten het lichaam, de ontwikkeling van een kunstmatige baarmoeder en placenta en het zich laten ontwikkelen van een menselijk embryo in de

103
104

Heerkens 2014.
Artikel 24 aanhef en onder e Embryowet.

baarmoeder van een dier.¹⁰⁵ Onderzoek naar deze technieken is nog niet zo ver dat een dergelijke techniek in de nabije toekomst voor gebruik bij mensen beschikbaar lijkt te zullen komen. Indien deze technieken zullen worden toegepast, kan niet langer worden uitgegaan van het uitgangspunt dat een kind ten minste altijd een geboortemoeder heeft.¹⁰⁶

Ectogenese roept vragen op over de gelijkheid tussen man en vrouw. De bijdrage van de man en die van de vrouw aan het geboren worden van kinderen zouden door ectogenese immers vergaand worden gelijkgesteld. Dit zou als een voordeel, maar ook als een verlies voor de betrokkenen kunnen worden geduid. De risico's van zwangerschap en bevalling voor het kind en de vrouw zouden hiermee in potentie grotendeels kunnen worden weggenomen. Tegelijkertijd is duidelijk dat de emotionele ontwikkeling van een kind begint vóór de geboorte en dat veel vrouwen de zwangerschap als een verrijking ervaren. De invloed en de betekenis van een verschuiving van de ontwikkeling van een baby in de baarmoeder van een vrouw naar die buiten het menselijk lichaam zijn dan ook moeilijk te bepalen.¹⁰⁷

Samenvattend en betekenis:

De medische ontwikkeling op het gebied van medisch geassisteerde voortplanting is nog zeker niet ten einde. Nieuwe technieken, die deels in het buitenland al worden toegepast, leiden onvermijdelijk tot nieuwe vragen over wenselijkheid en noodzakelijkheid, maar ook over de rol van genetische banden in het afstammingsrecht. Deze ontwikkelingen zullen waar mogelijk een rol moeten spelen bij het denken van de Staatscommissie over mogelijke voorstellen op dit terrein.

4.5 BEVINDINGEN

Medici worden op het terrein van medisch geassisteerde voortplanting met veel verschillende zorgvragen geconfronteerd.¹⁰⁸ Dit hangt samen met zowel een snel veranderende maatschappij als zich snel ontwikke-

105 Bulletti e.a. 2011.

106 'Mater semper certa est'; zie Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.

107 Bennett 2008.

108 Voor een indicatie van de verschillende situaties waarin medische hulp bij voortplanting wordt gevraagd, zie NVOG 2016.

lende medische mogelijkheden. Beide ontwikkelingen stellen artsen voor dilemma's. De arts heeft immers bij het verlenen van medische assistentie bij de voortplanting een verantwoordelijkheid in de richting van zowel de patiënt als het toekomstige kind.¹⁰⁹ Wanneer gebruik wordt gemaakt van donorgameten, heeft de arts tevens een verantwoordelijkheid voor de donor.

Om zicht te krijgen op de vragen waarmee men wordt geconfronteerd, alsmede op de dilemma's en problemen in de praktijk, heeft de Staatscommissie in november 2014 een enquête uitgezet onder alle 114 ziekenhuizen en klinieken die actief zijn op het gebied van obstetrie en gynaecologie. Hiervoor is het adressenbestand van de NVOG gebruikt. In totaal heeft de Staatscommissie 60 reacties (52%) ontvangen. De enquête bestond uit vragen naar (geschatte) aantallen zorgvragen en open vragen. Daarnaast zijn in januari 2015 diepte-interviews gehouden met sleutelfiguren uit de praktijk.¹¹⁰ Uit de resultaten van de enquête blijkt dat de aantallen zorgvragen van 'bijzondere gevallen' zeker niet verwaarloosbaar zijn. Vanwege het indicatieve karakter van deze vragen heeft de Staatscommissie besloten geen overzicht van getallen op te stellen. Dit zou ten onrechte suggereren dat de uitkomsten van de enquête meer dan indicatief zijn. Wel kan op basis van de respons worden geconcludeerd dat KID een bekende behandeling is en dat de ziekenhuizen voldoen aan die zorgvraag als zij de behandeling ook mogen uitvoeren. Vragen naar draagmoederschap en faire wederkerigheid¹¹¹ zijn ook gemeld. Uit de antwoorden blijkt verder dat regelmatig naar het buitenland wordt verwezen. Als een ziekenhuis niet aan de zorgvraag kan of wil voldoen, blijkt uit de antwoorden op de open vragen dat naast het wettelijk kader ook een rol speelt dat 'de arts niet aan alles hoeft mee te doen, wat technisch kan' en dat in de specifieke casus 'niet is gedacht aan het belang van het kind'. Ook wordt 'gebrek aan steun vanuit de richtlijnen/standpunten van de NVOG' genoemd. Hieronder wordt een beschrijving

109 NVOG 2010.
110 Er is gesproken met prof. S. (Sjoerd) Repping (hoogleraar UvA/hoofd Centrum voor Voortplantingsgeneeskunde, klinisch embryoloog AMC), dr. C. (Christianne) Verhaak (klinisch psycholoog, psychotherapeut, Radboudumc, dr. R. (Roel) Schats (hoofd IVF-centrum VUmc), prof. dr. J.S.E. (Joop) Laven (hoofd van de subafdeling Voortplantingsgeneeskunde, Erasmus MC) en José Knijnenburg (directeur Freya) en Aletta van Tent-Bodisco Massink (kandidaat-bestuurslid Freya en voorzitter van de commissie belangenbehartiging).
111 Faire wederkerigheid houdt in dat voor het paar dat zaad- of eicellen doneert aan de gametenbank, geen wachtlijst voor het ontvangen van gameten bestaat. Paren die niet doneren en geen bijdrage leveren aan de gametenbank, hebben ook toegang tot ontvangen uit de bank, maar via een wachtlijst. Zie ook NVOG 2015.

gegeven van de belangrijkste bevindingen van de Staatscommissie naar aanleiding van de enquêtes en interviews.

Houvast binnen standpunten en richtlijnen

Het beeld dat uit de gehouden enquête naar voren komt, is dat artsen zich over het algemeen aan de bestaande richtlijnen en standpunten houden, 'omdat er niets anders is' en omdat men houvast nodig heeft. Veel ziekenhuizen onderschreven de ten tijde van de enquête geldende 'richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap',¹¹² maar er bestond ook behoefte aan verbetering en aanpassing van de richtlijn. De meeste ziekenhuizen gaven aan dat zij de sectie met betrekking tot de ethische/ juridische aspecten aangepast wilden zien. Maar ook de secties met de analyse huidige kennis, het indicatiegebied en meer handvatten bij counseling werden vaak genoemd. Inmiddels is de richtlijn vervangen door het standpunt 'Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten en gedoneerde embryo's, en draagmoederschap', waarin minder stringente toegangscriteria worden gehanteerd. In de praktijk blijken geen principiële bezwaren te bestaan tegen de inmiddels ingezette verruiming van het kader. Tegelijkertijd kiest het standpunt voor een benadering waarbij meer wordt uitgegaan van een individuele toetsing en bespreking van risico's en aandachtspunten met patiënten. In samenspraak dient men te komen tot de beslissing of behandeling is aangewezen of niet.¹¹³ Deze meer open benadering biedt artsen niet noodzakelijk meer houvast.

Belangen van het kind

Ongeveer de helft van de respondenten gaf aan behoefte te hebben aan een richtlijn omtrent de aspecten waarmee rekening moet worden gehouden om het belang van het kind te waarborgen. Ook in de interviews kwam dit naar voren. Artsen zijn gebonden aan de eed om goed te doen en niet te schaden. Op het gebied van de voortplantingsgeneeskunde heeft de arts een dubbele verantwoordelijkheid. In de eerste plaats is dat, net als elders in de geneeskunde, goede zorg bieden aan de patiënt. In dit geval is dat meestal een paar met een kinderwens, dat wegens een fertiliteitsprobleem medische hulp heeft gezocht. Maar ook een draagmoeder zal als patiënt onder de zorg van de arts vallen. Omdat de arts door het bieden van die hulp causaal is betrokken bij het tot stand brengen van het gewenste kind, mag worden verwacht dat hij of zij tevens re-

112
113

NVOG 1999.
NVOG 2016, p. 18.

kening houdt met het welzijn van dat toekomstige kind. Dat wordt onder andere bepaald door de psychosociale omstandigheden waarin het kind wordt geboren, maar het kan ook gaan om diens gezondheidsvooruitzichten. In uitzonderlijke gevallen kan bezorgdheid over het welzijn van het toekomstige kind een reden zijn voor het stellen van een contra-indicatie voor de vruchtbaarheidsbehandeling. De beroepsgroep heeft voor de afweging of dit aan de orde is, het 'modelprotocol Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen' opgesteld.¹¹⁴

De grens voor al dan niet behandelen ligt primair bij het risico voor een kind; bestaat er een groot risico op ernstige schade, dan kan men niet meewerken aan de behandeling.¹¹⁵ Feitelijk gaat het om de disbalans tussen risico's en voordelen van een bepaalde behandeling. Maar een afweging van dergelijke risico's en voordelen is niet eenvoudig te maken, zeker niet omdat het bij medisch geassisteerde voortplanting om een weging van het belang van een nog niet bestaand kind gaat. Er blijkt behoefte te bestaan om bijzondere verzoeken interdisciplinair of multidisciplinair te kunnen bespreken. In sommige ziekenhuizen is hiervoor een multidisciplinaire beraadgroep ingericht, waarin verzoeken vanuit verschillende expertises worden besproken.

Financiering IVF-behandelingen

De financiering van ingewikkelde IVF-behandelingen wordt door artsen gemeld als een probleem. De ingewikkeldere hulpvragen met betrekking tot fertiliteitspreservatie, gametendonatie, embryodonatie en draagmoederschap kosten veel extra tijd in counseling en begeleiding. De vergoeding blijft echter beperkt tot de vergoeding voor een IVF-behandeling. Bij eiceldonatie speelt nog extra dat er geen medische indicatie is voor de behandeling van de eiceldonor, zij heeft immers geen vruchtbaarheidsprobleem. Het gevolg daarvan is dat de behandeling van de eiceldonor niet door de zorgverzekeraar hoeft te worden vergoed. Voor de behandeling van de wensmoeder bestaat doorgaans wél een medische indicatie. Is dat het geval, dan wordt dat deel van de behandeling wél vergoed.

Voor draagmoederschap wordt gemeld dat de financiering verschillende ziekenhuizen er ook van zou weerhouden om een tweede draagmoedercentrum te starten, terwijl sommige artsen melden aan een dergelijk

alternatief behoefte te hebben. Overigens wordt in het NVOG-standpunt aanbevolen de behandeling van draagmoeders, gelet op de kleine vraag naar draagmoederschap en de complexiteit van de behandeling, te centreren in een of twee centra in Nederland.¹¹⁶ Of en welk deel van de procedure van IVF-draagmoederschap door zorgverzekeraars zal worden vergoed indien het draagmoederschap wordt uitgevoerd ten behoeve van twee wensvaders, is nog niet duidelijk.

Verschillen tussen kader Nederland en buitenland - tekort aan donoren

Meermalen wezen artsen op het bestaan van grote verschillen in het aanbod van behandelingen in Nederland en het buitenland, met name België en Spanje. Dit wordt als een knelpunt ervaren, in ieder geval omdat men bij sommige verzoeken, zoals de wens om gebruik te maken van anonieme donoren, voor de vraag komt te staan of men kan doorverwijzen naar of samenwerken met klinieken in het buitenland. Sommige artsen doen dit, anderen verwijzen naar het internet. Daarbij blijkt dat sommige artsen van mening zijn dat de toegang tot bepaalde behandelingen, zoals draagmoederschap, te beperkt was en dat er te weinig ruimte bestond om mee te gaan in de wensen van wensouders. Dat wensouders uitwijken naar het buitenland, wordt versterkt door het tekort aan donorgameten en donorembryo's binnen Nederland. Er wordt vanuit het buitenland actief geworven onder Nederlandse wensouders, ook via de patiëntenvereniging.¹¹⁷

116
117

NVOG 2016, p. 43.
Zie bijvoorbeeld de website van Freya, waarop wordt verwezen naar Nederlandstalige websites van buitenlandse klinieken, <https://www.freya.nl/kinderwens/behandelen-in-het-buitenland/behandelaanbod-buitenland/eiceldonatie-in-het-buitenland/> (geraadpleegd op 29 juni 2016).

Samenvattend en betekenis:

Artsen die zich bezighouden met medisch geassisteerde voortplanting, hebben een verantwoordelijkheid in de richting van zowel de patiënt als het toekomstige kind. In de praktijk worden zij geconfronteerd met zowel een snel veranderende maatschappij als zich snel ontwikkelende medische mogelijkheden. Het is daardoor niet altijd eenvoudig om een afweging te maken tussen de verschillende belangen die bij dergelijke zorgvragen een rol spelen. Artsen hebben hierdoor een grote behoefte aan richtlijnen die houvast bieden bij het wegen van de betrokken belangen. Er lijkt geen sprake te zijn van veel principiële bezwaren tegen bepaalde zorgvragen, mits duidelijk is dat het belang van het kind is gewaarborgd. Bij moeilijke gevallen kan een multidisciplinaire beraadsgroep uitkomst bieden.

Naast ethische dilemma's melden artsen ook dat de financiering een rol speelt bij het al dan niet meewerken aan met name draagmoederschap. Voor IVF geldt een vast tarief, dat in moeilijker gevallen, zoals draagmoederschap, verre van dekkend is.

Ten slotte wordt door artsen gewezen op de grote verschillen in het aanbod van behandelingen in Nederland en het buitenland, waarbij in sommige andere landen meer mogelijk blijkt te zijn. Dit werkt in de hand dat wensouders hun toevlucht nemen tot het buitenland, waar klinieken zich in hun informatievoorziening dan ook specifiek op Nederlandse wensouders richten.



05 PEDAGOGISCHE GEZICHTSPUNTEN

5.1 INLEIDING

In Hoofdstuk 3, Maatschappelijke ontwikkelingen, is vastgesteld dat er variatie bestaat in gezinsvormen en gezinsvorming¹ en dat die variatie toeneemt. De toenemende diversiteit roept nieuwe vragen op. Een essentiële vraag daarbij is wat de consequenties van deze ontwikkelingen voor kinderen zijn. Parke noemt een extreem voorbeeld:² als een wensouderpaar met eiceldonatie en spermadonatie en een draagster een kind krijgt, heeft dat kind vijf volwassenen die op de een of andere manier door het kind als ouder kunnen worden beschouwd en/of die zichzelf op de een of andere manier als ouder beschouwen. Wat betekent dit voor zijn zelfbeeld, identiteit, voor zijn opvoeding? Met wie van de vijf ouders heeft het kind contact of omgang? Hoe gaat het dagelijkse opvoeden in zijn werk? Wie zijn daarbij betrokken? Wie van deze ouders oefent het gezag uit?

De samenleving is inmiddels vertrouwd met kinderen die opgroeien bij paren van gelijk geslacht. Ook daar doen zich echter vragen voor: wat is de impact van zo'n gezinssituatie op de ontwikkeling van het kind? Wat is de relatie van de zaaddonor met het kind bij vrouwenparen en van de draagmoeder bij mannenparen? Een leverancier van biologisch materiaal die geen rol dient te spelen in het leven van het kind? Of juist een voor het kind belangrijke persoon die kan bijdragen aan de kwaliteit van leven van het kind? Mag men dat zelf bepalen? Wat als er conflicten ontstaan? Nog 'gewoner' zijn nieuw samengestelde gezinnen na echtscheiding of overlijden van een van de ouders. Wat betekent het dan voor een kind als het jarenlang wordt opgevoed door een persoon (de stiefouder of pleegouder) die grotendeels een 'legal stranger' is en formeel weinig over het kind heeft te zeggen? Opvoederschap en ouderschap komen dan niet overeen.

Een belangrijke reden om de situatie van kinderen in deze verschillende situaties te bezien is tevens de mogelijke rechtsongelijkheid die kan ontstaan tussen kinderen, door de wijze waarop zij zijn verwekt en door de gezinsconstellaties waarbinnen zij opgroeien.

1 In de Verenigde Staten en Europa wordt geschat dat 15% van de geboorten plaatsvindt na enige vorm van medisch geassisteerde voortplanting, variërend van KI tot hoogtechnologische medische procedures, zie Parke 2013.

2 Parke 2013, p. 115.

5.2 GOED GENOEG OUDERSCHAP

In Hoofdstuk 1, Belangen en rechten van het kind, is al gesteld dat de kern van het ouderschap in pedagogische zin lastig in enkele zinnen is te vatten. De Staatscommissie hanteert, zoals gesteld, de volgende omschrijving van een ouder in pedagogische zin: een persoon met wie het kind een onvoorwaardelijke, stabiele, intense, intieme en niet in tijd afgegrensde relatie heeft, waarin voor het kind wordt gezorgd en het wordt geholpen zich te ontwikkelen.

Goed ouderschap heeft zeven kernen. Dit ouderschap zou voor ieder kind beschikbaar moeten zijn:³

- een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment;
- continuïteit in de relatie met het kind;
- verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn;
- een pedagogische taak in engere zin;
- het organiseren en monitoren van het opvoedingsarrangement in het gezin, op school en in het publieke domein (de drie opvoedmilieus);
- zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit van het kind;
- zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen, onder wie de (andere) ouder(s).

Deze zeven kernen heeft de Staatscommissie als uitgangspunt genomen (zie Hoofdstuk 1, Belangen en rechten van het kind). Deze kunnen dienen voor de beoordeling van verschillende mogelijke opvoedingsituaties. Daarbij kan en hoeft niet van iedere ouder te worden verwacht dat deze 100% aan alle zeven van de uitgangspunten voldoet. Binnen een gezin of een breder opvoedingsverband kunnen de verantwoordelijkheden bij verschillende personen zijn belegd. Zolang de desbetreffende persoon zijn verantwoordelijkheid kan nemen en neemt, hoeft dit geen probleem te zijn.

Het belang van het kind binnen de gezinsopvoeding is inhoudelijk lastig door de wetgever te definiëren. Het is aan de ouders om in vrijheid de normen en waarden over te dragen die zij van belang achten, zolang deze binnen de wet blijven. Wel mag de overheid de ondergrens bewaken van

het ouderschap als opvoederschap op basis van de zeven bovengenoemde punten.

In beginsel is het mogelijk om in het algemeen en op individueel niveau te beoordelen of het risico bestaat dat niet aan deze zeven kernen van ouderschap zal worden voldaan. Bij deze beoordeling dringt zich dan wel de vraag op langs welke maatstaf ouders worden gelegd. Daarbij speelt op de achtergrond zeker ook mee dat de meeste kinderen worden geboren zonder dat vooraf wordt beoordeeld of aan de zeven kernen van goed ouderschap zal worden voldaan. Alleen als er medische assistentie nodig is bij het tot stand brengen van de bevruchting of als een rechter is betrokken bij de toedeling van het ouderschap (adoptie), wordt momenteel getoetst of het ouderschap naar verwachting ook in het belang van het kind zal zijn.

De rechter hanteert bij adoptie de brede maatstaf ‘belang van het kind’.⁴ Voor medisch geassisteerde voortplanting is een ethisch debat gevoerd over de standaard die zou moeten worden aangelegd.⁵ De gezaghebbende *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)* heeft daarbij drie mogelijke standaarden onderscheiden: de ‘*maximal welfare*’-standaard. Volgens die standaard zou geen medisch geassisteerde voortplanting kunnen plaatsvinden als er indicaties bestaan dat het leven van het toekomstige kind niet optimaal zal zijn. Daartegenover staat de ‘*minimal threshold*’-standaard. Medische assistentie zou volgens deze standaard enkel onacceptabel zijn als de kwaliteit van leven van het toekomstige kind zo laag zal zijn dat het beter af zou zijn als het niet zou worden geboren. Een middenpositie wordt ingenomen door de ‘*reasonable welfare*’-standaard, waarbij assistentie aanvaardbaar wordt geacht als het toekomstige kind de mogelijkheden en kansen heeft om zich op een manier te ontwikkelen die in het algemeen leidt tot een waardevol leven.

De ESHRE wijst op de verantwoordelijkheid van de arts voor zowel zijn patiënt als het toekomstige kind dat hij helpt te ontstaan. Zij meent dat het er niet om gaat om vast te stellen of de ene leefvorm beter is dan de andere, maar om vast te stellen welke concrete situatie een *hoog*

4 Artikel 1:227 lid 3 BW, al wordt het begrip ‘belang van het kind’ bij adoptie mede ingevuld door de overige voorwaarden die zijn neergelegd in de artikelen 1:227 en 228 BW. Zie voor adoptie verder Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.

5 ESHRE 2007.

risico op ernstige schade voor toekomstige kinderen oplevert.⁶ Als de inschatting is dat er een grote kans bestaat dat de kwaliteit van leven van een toekomstig kind onder een redelijk niveau van welzijn valt, zou assistentie achterwege moeten blijven. Deze ‘*hoog risico op ernstige schade*’-standaard is mogelijk ook bruikbaar voor de beoordeling van de kinderwens van personen in andere situaties dan die van medisch geassisteerde voortplanting, waarin een kind nog niet is verwekt. Deze standaard onderkent dat, zoals voor ouders geen verwachting kan bestaan op het ‘perfecte kind’, van ouders evenmin kan worden vereist dat zij de ‘perfecte ouders’ zullen zijn voordat een kinderwens kan worden gefaciliteerd. Maar tegelijkertijd wordt onderkend dat er een ondergrens bestaat van goed genoeg ouderschap, waarop ieder kind recht heeft.

De Staatscommissie gaat hierna in op specifieke vragen over ouderschap en opvoedingssituaties aan de hand van zowel de zeven kernen van goed ouderschap als de ‘*hoog risico op ernstige schade*’-standaard. Gezien de evidentie komt ‘*past performance*’ van ouders in persoonlijk functioneren en opvoeden het meest in aanmerking voor risicotaxaties. Hiervoor bestaan gestructureerde beoordelingssystematieken die redelijk valide uitspraken mogelijk maken over gezinssituaties waarin risico’s op ernstige schade meer dan gebruikelijk aanwezig zijn.⁷

Samenvattend en betekenis:

Het is aan de ouders om in vrijheid de normen en waarden aan hun kinderen over te dragen die zij van belang achten, zolang deze binnen de wet blijven. Wel mag de overheid de ondergrens bewaken van het ouderschap als opvoederschap op basis van de zeven bovengenoemde uitgangspunten. Daarbij gaat het om evidente schendingen van een of meer van deze punten, dan wel om een onaanvaardbaar risico op fysieke en geestelijke beschadiging van het kind. Aangezien de voorspelbaarheid van de menselijke ontwikkeling beperkt is, zeker als vooraf voorspellingen over de kwaliteit van verzorging en opvoeding moeten worden gedaan, moet hiermee terughoudend worden omgegaan.

5.3 IS JURIDISCH GEZAG EEN NOODZAKELIJKE VOORWAARDE VOOR GOED OUDERSCHAP?

Het opvoeden van kinderen kan worden belemmerd als de opvoeders niet het juridische gezag (of de voogdij als het om pleegouders in de opvoedingsvariant gaat) hebben over het kind (zie over het gezag verder Hoofdstuk 7, Gezag). Talloze beslissingen, die vrijwel alle zeven kernen van goed ouderschap kunnen raken, bepalen de wijze waarop het kind opgroeit (in toenemende mate van gewicht): hoeveel zakgeld het kind krijgt, welke bankrekening, wel of niet piercings of een (extravagant) kapsel en met wie het kind omgaat, of en zo ja, welke kinderopvang wordt ingezet, welke school het kind bezoekt, welke zorg of hulp wordt ingeroepen, waar het kind woont en wie de ouders zijn en blijven enzovoorts. Als het gezag 'extern' is belegd, geeft dit op z'n minst voortdurend omslachtige procedures en mogelijk aanleiding tot voortdurend geharrewar. Kinderen zijn bovendien ook mensen en handelen niet zelden 'strategisch' als het gezag niet eenduidig en direct van toepassing is. Dit kan de opvoedingstaak van de verzorger zonder gezag bemoeilijken. Het niet samenvallen van opvoeding met gezag kan in het bijzonder problemen opleveren als de dagelijkse opvoeder(s) en een persoon die het gezag heeft, een conflictueuze relatie hebben. Alle deskundigen die door de Staatscommissie zijn gehoord, bepleiten desgevraagd de eenheid van opvoeding en gezag.

Samenvattend en betekenis:

Het feitelijk opvoeden van een kind kan niet zonder gezag. Als het gezag 'extern' is belegd, levert dit problemen op. Kinderen handelen bovendien niet zelden 'strategisch' als het gezag niet eenduidig is.

5.4 WELKE GEZINSVORMEN MAKEN GOED OUDERSCHAP MOGELIJK?

Het man-vrouwhuwelijk werd tot voor kort als de beste basis gezien voor een duurzaam engagement van ouders ten opzichte van hun kinderen. Deze opvoedingsconstellatie gaat dan ook gepaard met een goede juridische bescherming van de rechten en plichten van ouders en kinderen

en met gedetailleerde juridische en financiële steun voor een adequate opvoeding van kinderen. De vraag is of andere opvoedingsconstellaties in pedagogische opzicht in beginsel (dus los van de juridische inkadering) dezelfde kwaliteit kunnen bieden.

Vele studies⁸ en ook recente Nederlandse onderzoeken⁹ laten zien dat in allerlei verschillende samenlevingsverbanden van een of meer volwassenen met kinderen ‘goed kan worden opgevoed’. De intenties van de volwassenen en de inhoud van de relaties binnen deze gezinnen zijn veel belangrijker dan de structuur of samenstelling van het samenlevingsverband. Ouderschap van paren van gelijk geslacht als zodanig wordt in de ontwikkelingspsychologie bijvoorbeeld allang niet meer als een risicosituatie beschouwd. Ondanks de negatieve impact van mogelijk voorkomend stigmatiseren door de buitenwereld, ontwikkelen deze kinderen (onderzocht tot in de jongvolwassenheid) zich op alle onderzochte levensgebieden minstens even goed als kinderen van heteroseksuele ouders. Er is daarnaast voldoende onderzoek dat laat zien dat voor goed opvoederschap geen biologische of genetische relatie nodig is tussen de volwassene(n) en het kind.¹⁰ Ook na een echtscheiding kunnen nieuwe, positieve opvoedrelaties met stiefouders ontstaan.

Ook het geslacht van opvoeders is vanuit pedagogisch perspectief niet essentieel voor het dagelijks opvoeden. Volgens verschillende onderzoekers hangt de invloed die ouders hebben op de ontwikkeling van hun kind, niet zozeer af van het geslacht van de ouder, als wel – veel meer – van de genderrol die de ouder op zich neemt.¹¹ In het algemeen kan men stellen dat de structuur van het gezin (één of twee ouders, ouders van verschillend of van gelijk geslacht¹²) niet per definitie bepalend is voor de kwaliteit van de opvoeding. De relationele processen tussen de gezinsleden (ouders en kinderen en ouders onderling) zijn dat wél. In vele typen gezinnen kan een adequate opvoeding plaatsvinden.

Dit alles wil niet zeggen dat alle gezinsvormen op alle punten vergelijkbaar zijn. Ook mag niet worden geconcludeerd dat het opvoeden in

8 Parke 2013, waarin voor vele verschillende opvoedingsconstellaties wordt geïnventariseerd welk onderzoek er bestaat naar het welzijn van het kind als gevolg van die constellatie.

9 Van Gelderen 2012, Hakvoort 2011 en Bos 2004.

10 Zie voor overzichten van dergelijk onderzoek: Parke 2013, p. 133 e.v. en Golombok 2015, p. 199.

11 Cabrera e.a. 2014 en Hallers-Haalboom 2015, zoals genoemd in: Keizer 2016.

12 Op meerouderschap wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

alle gezinsvormen even gemakkelijk is. De context waarin de opvoeding plaatsvindt, kan de opvoeding ontregelen. In eenoudergezinnen worden ouders gemiddeld zwaarder belast, is het opleidingsniveau vaak lager en is er in de praktijk vaker sprake van een laag inkomen.¹³ Hetzelfde geldt voor gezinnen na echtscheiding, waar naast de echtscheiding ook sprake kan zijn van conflicten en (tijdelijke) instabiliteit in de leefsituatie van een kind.¹⁴ In gezinnen met ouderparen van gelijk geslacht kan er sprake zijn van homofobe reacties van de buitenwereld, waarvan het kind last heeft.¹⁵ Deze contextuele factoren kunnen de opvoeding ontregelen. Alle typen gezinnen kunnen overigens te maken krijgen met problemen zoals werkloosheid, schulden, een onveilige woonomgeving, psychiatrische problemen, verslaving enzovoorts. Met name als er sprake is van een opeenstapeling van deze 'risicofactoren', kunnen de relaties tussen gezinsleden worden ontregeld.¹⁶ De onderzoeksliteratuur laat echter zien (ook in langetermijnstudies) dat men niet mag uitgaan van de principiële schadelijkheid van enige van de genoemde gezinsstructuren.

Samenvattend en betekenis:

In allerlei verschillende samenlevingsverbanden van een of meer volwassenen kunnen kinderen 'goed worden opgevoed'. De intenties van de volwassenen en de inhoud van de relaties binnen deze gezinnen zijn veel belangrijker dan de structuur of samenstelling van het samenlevingsverband.

5.5 MEERDERE OUDERS EN RESERVE-OPVOEDERS?

Als een kind wordt geboren na medisch geassisteerde conceptie, willen de personen die bij de geboorte zijn betrokken als 'leverancier' van genetisch materiaal of hebben bijgedragen door het kind te dragen en ter wereld te brengen, soms wél en soms niet een rol spelen in de opvoeding van het kind. Zij kunnen vinden dat hun positie een legale status ten opzichte van het kind moet krijgen. Ook stiefouders, pleegouders die een pleegkind jarenlang opvoeden, of hun stief- of pleegkinderen kunnen

13 McLanahan & Sandefur 1997.

14 Brown 2010, Van der Valk e.a. 2005.

15 Bos & Van Gelderen 2010, p. 115, Van Rijn-van Gelderen, Bos & Gartrell 2015 en Manning, Fetto & Lamidi 2014.

16 Hermanns 2007.

die behoefte hebben. De motivatie daarvoor wordt vaak gezocht in het belang van het kind. Het kind zou meer in harmonie met zijn afstamming en ontstaansgeschiedenis kunnen leven en het zou het leven van het kind verrijken als ook zij op de een of andere manier ‘ouder’ zouden kunnen zijn (of blijven). Het vangnet voor het kind zou ook groter zijn en het aantal oplossingen voor verzorgings- en opvoedingsproblemen zou toenemen bij meerdere ouders. Ook de omvang en de variatie in educatief en pedagogisch aanbod nemen toe als het aantal intensief betrokken volwassenen toeneemt.

Er zijn grofweg drie modellen te onderscheiden:

- het model van één of twee ouders die het relationele netwerk van het kind beheert/beheren en daarbij de belangen van het kind dient/dienen;
- een of twee ‘kernouders’ die onderdelen van het juridisch ouderschap en onderdelen van het gezag delen met anderen. Deze anderen worden erkend als ouder, maar krijgen niet alle bijbehorende rechten en verantwoordelijkheden;
- het model waarin volledig juridisch ouderschap en volledig gezag bij meer dan twee ouders berusten.

Het is een moeilijk te beantwoorden vraag hoe kinderen op de verschillende modellen zullen reageren. Er is geen onderzoek dat de effecten op gedrag en ontwikkeling van kinderen in de drie situaties vergelijkt (als zo’n onderzoek al zinnig is, gezien de grote variatie in situaties die zich voordoen en personen die daarbij zijn betrokken). In het algemeen kan men wel stellen dat kinderen in staat zijn om met meerdere personen pedagogische relaties te onderhouden met voldoende inhoud en kwaliteit.¹⁷ De hechting met twee personen vormt geen natuurlijk maximum, al zal er, zeker bij jonge kinderen, vaak een primaire hechtingspersoon zijn.¹⁸ Met verschillende volwassenen kan het kind verschillende typen gehechtheid en verbondenheid ontwikkelen.¹⁹ De verschillende pedagogische relaties van het kind kunnen zich in de loop der jaren ontwikkelen en verschillende inhouden krijgen. In de gesprekken die de Staatscommissie heeft gevoerd, en uit de informatie die zij heeft verzameld, is zelden gebleken dat er behoefte bestaat aan een formele rol

17 Parke 2013, p. 131 e.v.

18 Van den Boom 1998, p. 109-128.

19 Idem en Westphall 2015.

van meer dan vier personen. De grens van het aantal personen aan wie een kind zich kan hechten, is niet precies aan te geven. Maar een aantal van vier personen lijkt vanuit hechtingsperspectief over het algemeen voor een kind aanvaardbaar, zo blijkt uit gesprekken met verschillende deskundigen. Wel zal het maximumaantal verzorgers per kind kunnen verschillen, afhankelijk van zijn temperament, karakter en zorgbehoefte. In een consensusrapport van 110 ervaren onderzoekers en klinici was een van de conclusies dat voor de meeste jonge kinderen het hebben van twee huishoudens als wisselende woonplek zowel positieve als negatieve effecten kan hebben, waarbij de positieve effecten in de meerderheid zijn.²⁰ Ook is duidelijk dat in *'patchwork families'* die zijn ontstaan na echtscheiding en nieuwe relatievorming van de ouders, met deze vier volwassenen vanuit pedagogisch perspectief een positieve relatie tussen kinderen en volwassenen mogelijk is.²¹

In opdracht van de Staatscommissie heeft de Stichting Alexander onderzocht hoe kinderen en jongeren tegen ouderschap aankijken.²² Uit dit onderzoek blijkt dat kinderen de situatie waarin zij van jongs af aan opgroeien (één of twee ouders, ouders van hetzelfde of verschillende geslacht, pleeggezinnen, adoptiegezinnen), als gegeven ervaren en de opvoeders in deze gezinnen zien als hun ouders (kinderen spreken doorgaans van vaders en moeders). Er lijkt geen intuïtieve of aangeboren voorkeur te zijn voor vader-moeder-gezinnen of genetisch verwante (kinderen zeggen: biologische) ouders. Dit is een indicatie dat kinderen ouderschap in eerste instantie als een relationeel concept zien: ouders zijn de mensen die voor langere tijd dagelijks voor je zorgen en je opvoeden en met wie je een sterke band hebt.

De situatie waarin later in de ontwikkeling van het kind (met name na de prepuberteit) een verandering plaatsvindt door scheiding, nieuwe gezinsvorming of pleeggezinplaatsing, ondergraaft echter het vanzelfsprekende van het gegeven ouderschap. Bestaande relaties veranderen of verdwijnen en nieuwe stabiele relaties moeten worden opgebouwd. Of dat lukt en het kind zijn verzorgers als mede-opvoeders of zelfs als ouders gaat zien, hangt wederom af van de kwaliteit van de relatie die kan ontstaan met de betrokken volwassenen. Duidelijk is dat dit goed kan

20

Warshak 2014.

21

Zie bijvoorbeeld Hakvoort 2011.

22

Stichting Alexander 2015.

aflopen, maar ook dat er grote problemen kunnen ontstaan in de relaties tussen kinderen en verschillende volwassenen. Naast hun ouders kennen veel kinderen in hun nabije familie personen die voor hen belangrijke opvoeders zijn, bijvoorbeeld ooms, tantes, grootvaders en grootmoeders. Voor veel kinderen gaat het om een beperkt aantal opvoeders, een select aantal familieleden of anderen met wie zij een speciale band ervaren.

Dat een kind in staat zal zijn zich aan meer dan twee verzorgers te hechten, betekent nog niet dat het eenvoudig is om met meerdere personen tegelijk het ouderschap in te vullen. De betrokken volwassenen moeten samen bewerkstelligen dat de opvoeding van het kind de eerder genoemde zeven kenmerken heeft. Dat veronderstelt een grote harmonie bij betrokkenen en een consequente houding dat het belang van het kind voor alles gaat. Daarbij dient voortdurend rekening te worden gehouden met de behoeften, wensen en individuele kenmerken van ieder kind apart. Als er meer volwassenen als opvoeder zijn betrokken bij het kind, zal er in potentie meer onzekerheid zijn, minder overzichtelijkheid, minder duidelijkheid over gezagsstructuren en leefregels en minder zekerheid over veilige gehechtheidsrelaties in de eerste levensjaren.

Een van de door de Staatscommissie veel gehoorde argumenten is dat bij meer dan twee gezagsdragers het aantal mogelijke conflicten over belangrijke beslissingen toeneemt, zoals conflicten over de keuze van de verblijfplaats van het kind, het contact tussen de verschillende volwassenen met gezag, de schoolkeuze en de keuze voor hulpverlening en zorg. Bij twee ouders gaat het om eensgezindheid in de relatie tussen twee volwassenen (en twee ouder-kindrelaties),²³ bij drie ouders om drie relaties tussen volwassenen en drie ouder-kindrelaties en bij vier ouders om zes relaties tussen volwassenen en vier ouder-kindrelaties (in totaal respectievelijk drie, zes en tien relaties). Complicerend kan ook zijn dat sommige ouders mogelijk met elkaar coalities zullen sluiten, bijvoorbeeld omdat zij samenwonen en de derde of vierde ouder apart woont. Tegelijkertijd bestaat er geen onderzoek dat deze hypothese bevestigt. Tegen deze hypothese is ook ingebracht dat naast het mogelijke aantal

23 Volgens sommige onderzoekers heeft de 'wettelijke invoering van het gezamenlijk ouderlijk gezag na de scheiding in 1998 (in plaats van in de praktijk voogdij en toeziend voogdij) geleid tot meer ouderlijke conflicten en een lager welbevinden voor kinderen, moeders en vaders', zie Spruijt 2011 en Spruijt 2013. Wellicht wordt deze toename (mede) veroorzaakt door de groei van de betrokkenheid van vaders op de opvoeding van kinderen. In ieder geval mag men verwachten dat bij een toename van het aantal ouders met gezag na een separatie van een of meer van deze ouders een evenredige toename van conflicten ontstaat.

conflicten ook het conflictoplossend vermogen toeneemt als meerdere personen zijn betrokken bij de opvoeding, en dat het kind ook een bredere pedagogische input heeft en bij problemen op meerdere personen kan terugvallen, die ieder hun bijzondere inbreng kunnen hebben.

Zoals eerder gesteld, is het op z'n minst onhandig als een kind voor bepaalde keuzes kan shoppen bij verschillende personen met gezag, van wie sommigen wellicht niet de gevolgen van bepaalde keuzes hoeven te dragen. Ook zonder wettelijke regelingen betreffende meerouderschap of meeroudergezag komen in de praktijk meeroudersituaties voor. Er bestaan ook verschillende voorbeelden van situaties waarin meerdere opvoeders en verzorgers een rol spelen in het leven van een kind, met een uitgebreide rol van grootouders, nanny's of een bredere familie waarmee ook *family life* kan ontstaan. Om een van die voorbeelden uit te werken: veel grootouders nemen tegenwoordig een (soms aanzienlijk) deel van de verzorging en opvoeding van hun kleinkinderen over.²⁴ De socioloog Geurts promoveerde in 2012 op de rol van grootouders in de kinderopvang. Uit zijn onderzoek blijkt dat het percentage moeders²⁵ dat op ouders kan rekenen voor kinderopvang, in dertien jaar bijna is verdubbeld. In 1992 had 23% van de volwassen dochters ouders die wel eens op de kleinkinderen passen. In 2006 was dat gestegen tot 41%.²⁶ Bij twee fulltime buitenshuis werkende ouders komt het aantal uren dat deze grootouders samen met hun kleinkinderen zijn, vaak in de buurt van of overschrijdt het aantal uren dat de ouders met hun kinderen doorbrengen. Daarbij voeren de ouders doorgaans wel de regie, zij zijn bepalend voor het bestaan en de frequentie van het contact met de grootouders. Maar daarbij zijn de ouders ook niet geheel vrij: het is een uitvloeisel van de uitgangspunten voor goed ouderschap dat de ouders steeds het belang van het kind vooropstellen bij het organiseren van dit contact en de omgang en bindingen met de verzorgende opa en oma vervolgens niet 'zomaar' verbreken of aanzienlijk beperken.²⁷

24 Grootouders worden hier als voorbeeld gebruikt, omdat deze in aanzienlijk meer kinderlevens een verzorgende en opvoedende rol spelen dan donoren, draagmoeders en andere betrokken bij de (medisch) geassisteerde voortplanting.

25 Het onderzoek van Geurts concentreerde zich, in verband met de beschikbaarheid van de benodigde gegevens, op de betrokkenheid van grootouders bij de opvoeding van de kinderen van hun dochter(s). Dat neemt niet weg dat in deze gevallen zowel de moeder als de vader baat heeft bij de hulp van de grootouders.

26 Geurts 2012, p. 98, zie ook Plus Magazine 2013.

27 Westphall, Poortman & Van der Lippe 2015.

Samenvattend en betekenis:

Personen die bij de geboorte zijn betrokken als ‘leverancier’ van genetisch materiaal of hebben bijgedragen door het kind te dragen en ter wereld te brengen, kunnen de behoefte hebben om een rol te spelen in de opvoeding van het kind en/of een juridische positie te hebben ten opzichte van het kind. Ook stiefouders of pleegouders kunnen die behoefte hebben.

Kinderen zijn in staat om met meerdere personen pedagogische relaties te onderhouden met voldoende inhoud en kwaliteit. Kinderen groeien op in zeer verschillende leefvormen en hebben te maken met zeer verschillende wijzen waarop hun verzorging en opvoeding door volwassenen worden ingericht en vormgegeven. Er zal een hiërarchie zijn in de mate van verbondenheid of hechting tussen het kind en de betrokken volwassenen.

Het betrokken zijn en/of een juridische positie hebben van meerdere personen bij de opvoeding van een kind veronderstelt een grote harmonie bij deze betrokkenen en een consequente houding dat het belang van het kind voor alles gaat.

Dit betekent voor het kind: Kinderen ervaren de situatie waarin zij opgroeien, als een gegeven. De volwassenen die hen van jongs af aan verzorgen en opvoeden, zien zij doorgaans als hun ouders. Dit kan anders zijn als het een verzorger/opvoeder betreft die pas later zijn intrede doet in het leven van het kind, bijvoorbeeld een nieuwe partner van de ouder of een pleegouder. De band met een nieuwe persoon ontstaat minder vanzelfsprekend of er ontstaat geen band.

Dit betekent voor de volwassenen: De keuze van de leefvorm en de wijze waarop de verzorging en opvoeding worden verdeeld onder de volwassenen, maken geen verschil voor de band die de volwassenen met het kind kunnen opbouwen. Wel zullen de betrokken volwassenen zich steeds bewust moeten zijn van de complicaties die een bepaald opvoedingsarrangement met zich brengt. Bij de keuzes die in dat verband vooraf en gedurende de opvoeding worden gemaakt, zal steeds het belang van het kind, zoals ingevuld door de zeven kernpunten van goed ouderschap, voorop moeten staan.



06 JURIDISCH OUDERSCHAP

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de huidige Nederlandse regeling van het juridisch ouderschap. In par. 6.2.1 wordt begonnen met een korte beschrijving van de huidige regeling. In par. 6.3 worden kort de ontwikkelingen beschreven die het juridisch ouderschap heeft doorgemaakt sinds het eerste Burgerlijk Wetboek van 1838. Hoe zag de wetgever het ouderschap en waar kwam die visie vandaan? In par. 6.4 wordt het resultaat beschreven van een blik over de grens ten aanzien van het op dit moment in Nederland nog niet bestaande juridisch meerouderschap. In par. 6.5 volgen tot slot enkele bevindingen van de Staatscommissie met betrekking tot de huidige regeling van het ouderschap.

Het begrip ouderschap kent vele vormen. Volgens de Nederlandse wet is iemand de ouder van een kind, als de wet hem of haar daartoe aanwijst. Dit is het zogenaamde juridisch ouderschap, geregeld in Titel 11 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Dit deel van het recht, het afstammingsrecht, regelt wie vanaf de geboorte de juridische ouders van een kind zijn, hoe eventueel na de geboorte deze zogeheten familierechtelijke betrekking kan worden gevestigd en hoe hieraan een einde kan worden gemaakt. Het gaat dan om de vraag wanneer juridisch ouderschap ontstaat, binnen welk juridisch kader, hoe het ontstaat en wie juridisch ouder van een kind kunnen worden en wie niet.

Als iemand aangifte doet van de geboorte van een kind, maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand een geboorteakte op. Op die geboorteakte vermeldt hij de namen van de juridische ouders. Dat zijn er maximaal twee.

Soms bestaat wel een genetische band tussen een persoon en een kind, maar is er geen sprake van juridisch ouderschap. Die persoon staat dan niet als ouder op de geboorteakte van het kind vermeld. Dat doet zich bijvoorbeeld voor ingeval de man die het kind heeft verwekt, niet met de moeder van het kind is getrouwd of een geregistreerd partnerschap heeft en het kind (nog) niet heeft erkend. De man kan alsnog op de geboorteakte worden vermeld als hij het kind erkent of als zijn ouderschap door de rechter wordt vastgesteld. In de huidige wet wordt de term ‘biologisch’ ouderschap gebruikt als wordt bedoeld op de vrouw uit wie het kind is geboren, of op de persoon met wie het kind een genetische band heeft. Daarnaast spreekt de wetgever ook over de ‘verwek-

ker'. Daarmee bedoelt de wetgever de man die het kind op natuurlijke wijze bij de geboortemoeder heeft doen ontstaan, dus langs de weg van geslachtsgemeenschap. Deze persoon is eveneens de biologische ouder van het kind. Zoals reeds aangegeven in Hoofdstuk 2, Uitgangspunten van wetgeving, bezigt de Staatscommissie, om verwarring te voorkomen, de term 'genetische ouder' als zij doelt op de persoon met wie het kind een genetische band heeft, en de term 'geboortemoeder' als zij doelt op de vrouw uit wie het kind is geboren.

Het kan ook zijn dat iemand die zelf niet de persoon is met wie het kind een genetische band heeft, het kind als het zijne of hare erkent. Die persoon wordt dan de juridische ouder met alle rechten en plichten.

Het komt daarnaast voor dat iemand de verzorging en opvoeding van een kind op zich heeft genomen, die niet de genetische ouder is en evenmin in juridische zin de ouder van het kind is. Hij of zij is bijvoorbeeld een nieuwe partner van de juridische ouder van een kind. In geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap heet zo iemand een stiefouder.¹ In het spraakgebruik wordt overigens ook wel gesproken van stiefouder als geen sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap, maar wettelijk gezien is dat onjuist.

Ook een pleegouder is noch de genetische ouder van zijn pleegkind, noch de juridische ouder. Tot slot kennen wij adoptiefouders. Het adopteren van een kind betekent dat de rechter juridische banden tussen een kind en zijn oorspronkelijke ouders verbreekt en daarvoor in de plaats een nieuwe juridische band met de adoptiefouders vestigt. De adoptiefouders zijn vrijwel nooit de genetische ouders van het kind, maar zijn wel de juridische ouders.

Het juridisch ouderschap heeft verschillende rechtsgevolgen. In de eerste plaats betekent het hebben van juridische ouders dat daarbij een familie hoort, de bloed- en aanverwanten. Bloedverwantschap zal in het recht veelal wel betrekking hebben op biologische of genetische

1 De positie van een formele stiefouder – dat wil zeggen de echtgenoot of geregistreerde partner van een juridische ouder van een kind, die zelf niet de juridische ouder is – is met name relevant voor de onderhoudsverplichting jegens het kind: een stiefouder is gedurende zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap jegens de tot zijn gezin behorende minderjarige kinderen en meerderjarige kinderen van zijn echtgenoot of geregistreerde partner, die de leeftijd van eenentwintig jaar niet hebben bereikt, verplicht te voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie (artikelen 1:395 en 395a BW).

verwantschap, maar dat hoeft niet. Zo is een geadopteerd kind bloedverwant van zijn adoptiefouders en hun familie, terwijl geen genetische band tussen het kind en de adoptiefouders bestaat. Door de adoptie komt een einde aan de bloedverwantschap die het kind had met zijn oorspronkelijke ouders en hun familie. Ook een kind dat is erkend door een andere persoon dan zijn genetische ouder, of een kind dat bijvoorbeeld is verwekt met donorzaad van een andere persoon dan de echtgenoot van zijn geboortemoeder, is bloedverwant van zijn juridische ouder, terwijl er in de letterlijke zin van het woord geen sprake is van 'hetzelfde bloed'.

De bloedverwanten van de juridische ouders van het kind worden eveneens bloedverwanten van het kind. Dus de ouders van de ouders zijn de grootouders (bloedverwanten in de tweede graad in de rechte linie) van het kind en de broers en zussen van de ouders worden de ooms en tantes (bloedverwanten in de derde graad in de zijlinie). Als een bloedverwant van het kind een huwelijk of een geregistreerd partnerschap sluit, ontstaat tussen het kind en de echtgenoot of geregistreerde partner aanverwantschap. Als bijvoorbeeld de moeder van het kind een huwelijk sluit met haar nieuwe partner, wordt deze persoon, de stiefouder, een aanverwant (in de eerste graad in de rechte lijn) van het kind. Of de broer van het kind sluit een geregistreerd partnerschap. Daarmee wordt de geregistreerde partner van de broer een aanverwant (in de tweede graad in de zijlijn) van het kind (zie in het bijzonder artikel 1:3 BW).

Andere belangrijke rechtsgevolgen van het juridisch ouderschap liggen op het terrein van naamrecht (artikel 1:5 BW), gezagsrecht (artikelen 1:251 e.v. BW), het recht dat ziet op de onderhoudsverplichtingen (artikelen 1:92 e.v. BW), erfrecht (artikelen 4:10 e.v. BW) en nationaliteitsrecht (artikel 3 Rijkswet op het Nederlanderschap). Een kind krijgt de geslachtsnaam van één van zijn juridische ouders. Als een kind twee juridische ouders heeft, bepaalt de wet welke van die twee geslachtsnamen het kind krijgt.² Maar de juridische ouders kunnen in plaats van het volgen van het wettelijk systeem ook zelf kiezen welke van hun beider namen hun kind krijgt. De keuze moet door beide ouders samen worden gedaan. Zij kunnen de

2

In artikel 1:5 BW is onder meer bepaald dat, als een kind binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren, het de naam van de vader of van de duomoeder krijgt, tenzij de ouders samen kiezen voor de naam van de geboortemoeder. Wordt het kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren en wordt het erkend, dan krijgt het de naam van de geboortemoeder, tenzij de ouders samen kiezen voor de naam van de andere ouder.

keuze alleen maar bij hun eerste kind doen.³ Eventuele volgende kinderen van dezelfde ouders krijgen automatisch dezelfde naam als het eerste kind. Het ouderlijk gezag wordt in beginsel uitgeoefend door één of beide juridische ouders. Vaak ontstaat gezag automatisch. Maar als de ouders niet met elkaar zijn getrouwd of een geregistreerd partnerschap hebben, moet een aparte stap worden gezet om hen samen het ouderlijk gezag te laten uitoefenen. Op het gezag wordt nader ingegaan in Hoofdstuk 7, Gezag. Juridische ouders zijn verplicht in het levensonderhoud van hun kinderen te voorzien, in de regel tot eenentwintig jaar. Een kind is erfgenaam van zijn juridische ouders en kan in elk geval, ondanks een eventueel andersluidend testament, aanspraak maken op een deel van de waarde van de nalatenschap, de zogenoemde legitieme portie. Het juridisch ouderschap heeft ook fiscale consequenties. Te denken valt aan de schenk- en erfbelasting in de verhouding ouders en kinderen. Een kind krijgt de Nederlandse nationaliteit als zijn juridische vader of moeder op het tijdstip van zijn geboorte Nederlander is.

Verder zijn er nog diverse wetten waarin bepalingen staan die zien op de rechtsverhouding tussen een kind en zijn juridische ouders. Dat zijn bijvoorbeeld regelingen die zien op nabestaandenpensioen, kinderbijslag, kinderopvang, onderwijs en de inschrijving in de basisregistratie personen (BRP) van gemeenten.

Juridisch ouderschap moet niet worden verward met ouderlijk gezag. Ouderschap is blijvend: een mens blijft een kind van zijn ouders, ook als hij volwassen is geworden of als de ouders zijn overleden. Gezag daarentegen heeft vooral betrekking op de zeggenschap over een minderjarig kind: verzorging en opvoeding, wettelijke vertegenwoordiging en bewindvoering over het vermogen van het kind. Zodra iemand meerderjarig wordt, houdt het gezag op.

Het ontstaan en tenietgaan van juridisch ouderschap is in het Nederlandse recht in de eerste plaats een zaak van de ouders. In veel gevallen is het ontstane ouderschap het gevolg van keuzes die zijn gemaakt voordat het kind wordt geboren, of zelfs voordat het is verwekt. Het afstammingsrecht biedt daarbij verschillende veiligheidskleppen die het mogelijk maken om een ontstane situatie aan te passen indien dit in het

belang van het kind is. Hieronder gaat de Staatscommissie in op zowel de mogelijkheden die openstaan voor de ouders, als de mogelijkheden die openstaan voor het kind. Daarbij ligt het niet, of niet primair, in de rede dat het kind zelf actief van deze veiligheidskleppen gebruik maakt: het minderjarige kind wordt vertegenwoordigd door degene die het gezag over hem heeft, doorgaans de ouders, en kan in de regel niet zelf in rechte optreden. Uitgangspunt is dan ook dat ouders gebruik maken van de aan hen ter beschikking staande mogelijkheden om de afstamming op een goede manier te regelen.⁴

6.2 NEDERLANDS RECHT

6.2.1 HUIDIGE REGELING AFTAMMINGSRECHT

De huidige regeling van het afstammingsrecht regelt het ontstaan van het juridisch moederschap en van het juridisch vaderschap, alsmede de mogelijkheden om dat moederschap of vaderschap te doen tenietgaan. In het navolgende wordt kort geschetst hoe de huidige regeling er in hoofdlijnen uit ziet.⁵ Dit betekent dat de Staatscommissie niet ingaat op alle uitzonderingsmogelijkheden, maar volstaat met het aangeven wie in juridische zin moeder en wie vader van een kind zijn of kunnen worden en op welke gronden dat moederschap of vaderschap kan eindigen.

Ontstaan juridisch moederschap (artikel 1:198 BW)

Een kind heeft van rechtswege de vrouw uit wie het wordt geboren, als juridische moeder.⁶ Een kind kan naast deze geboortemoeder nog een tweede moeder hebben, in het navolgende aangeduid als de duomoeder. Het juridisch moederschap van de duomoeder ontstaat automatisch als de geboortemoeder op het tijdstip van de geboorte van het kind met haar is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft en bij de conceptie van het kind gebruik is gemaakt van een donor die is geregistreerd bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Als degene die aangifte van de geboorte doet, bij de geboorteaangifte een

4 Zie bijvoorbeeld: Rb. Almelo 16 augustus 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ6501, waarin een bijzondere curator namens de minderjarige een verzoek tot gezagswijziging deed, dat de moeder zelf ook had kunnen doen. De kinderrechter overwoog dat met de bijzondere curator op toevoeging werd geprocedeerd en de dertienjarige minderjarige in een positie is gemanoeuvreerd waarin zij tegen haar vader heeft moeten procederen.

5 Zie voor een uitgebreide beschrijving van het huidige afstammingsrecht Van Mourik & Nuytink 2015, hoofdstuk 11 (nr. 173-190). Zie voor een nieuwe visie op de afstamming Kuijper 2014.

6 Dit uitgangspunt staat bekend als de 'mater semper certa est'-regel: de moeder is altijd bekend.

verklaring van de Stichting overlegt, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor met behulp van wiens zaad de kunstmatige bevruchting heeft plaatsgevonden, bij de geboortemoeder onbekend is (hierna: onbekendheidsverklaring), heeft het kind vanaf de geboorte twee moeders: de geboortemoeder en de duomoeder.

Ook als de twee vrouwen niet zijn getrouwd en evenmin elkaars geregistreerde partners zijn, of als geen onbekendheidsverklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting bij de aangifte wordt overgelegd, kan het kind in juridische zin het kind worden van de duomoeder. Het moet dan door de duomoeder worden erkend bij de burgerlijke stand (of – in de praktijk veel minder vaak voorkomend – bij de notaris). De geboortemoeder moet daarvoor toestemming geven.⁷ Doet zij dat niet, dan kan de duomoeder vervangende toestemming aan de rechter vragen. Wil de duomoeder juist zelf het kind niet erkennen, terwijl zij wel samen met de geboortemoeder het traject van kunstmatige bevruchting is ingegaan, dan kan de rechter haar juridisch ouderschap gerechtelijk vaststellen (artikel 1:207 BW). De geboortemoeder of het kind zelf kan daartoe een verzoek indienen bij de rechter (in geval van minderjarigheid van het kind wordt het vertegenwoordigd door een bijzonder curator). De duomoeder moet, zoals de wet dat uitdrukt, hebben ingestemd met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad. De wet gaat ervan uit dat de duomoeder met die instemming heeft aangegeven de verantwoordelijkheid voor het kind te willen nemen en hieraan kan zij worden gehouden. Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de duomoeder is ook mogelijk indien het kind niet meer door haar kan worden erkend, omdat zij – voordat zij dit kon doen – is overleden. Tot slot kan het juridisch moederschap van de duomoeder ontstaan door adoptie.

Als er wél een huwelijk of geregistreerd partnerschap is, kunnen er verschillende redenen zijn waarom de aspirant-moeders niet kiezen voor moederschap van rechtswege. Een onbekendheidsverklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting kan niet worden overgelegd als geen gebruik is gemaakt van een bij de Stichting geregis-

7

Wordt het kind pas erkend als het twaalf jaar of ouder is, dan moet het ook zelf toestemming geven. Wordt het kind erkend als het zestien jaar of ouder is, dan is alleen nog zijn eigen toestemming vereist en niet meer die van de moeder (artikel 1:204 lid 1 BW). Ingeval het kind alleen een juridische vader heeft, nadat het is geadopteerd, moet de vader toestemming geven om een kind dat jonger dan zestien jaar is, rechtsgeldig te kunnen erkennen (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder c BW).

treerde donor, bijvoorbeeld omdat de vrouwen gebruik hebben gemaakt van het zaad van een donor uit hun eigen sociale omgeving of omdat zij donorsperma geleverd hebben gekregen uit een bestelling via het internet. Maar het kan ook zijn dat zij er met het oog op het mogelijk vergroten van de kans dat het juridisch moederschap van de duomoeder ook in het buitenland wordt geaccepteerd, de voorkeur aan geven dat de duomoeder het kind erkent of adopteert (zie voor adoptie par. 6.2.2).⁸

Samenvattend en betekenis:

De geboortemoeder is altijd de juridische ouder van het kind. Het moederschap staat daarmee vast. Als de geboortemoeder is getrouwd of een geregistreerd partnerschap heeft met een vrouw, heeft het kind nog een moeder, mits bij de geboorteaangifte een onbekendheidsverklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting wordt overgelegd. Heeft de geboortemoeder geen echtgenote of vrouwelijke geregistreerde partner, dan kan het kind vóór of na de geboorte worden erkend door een vrouw en ook dan heeft het kind twee juridische moeders. Voorts kan het juridisch ouderschap van de duomoeder gerechtelijk worden vastgesteld. Een laatste mogelijkheid voor het kind om twee juridische moeders te hebben, is als het wordt geadopteerd door een vrouw.

Dit betekent voor het kind: een kind heeft vanaf de geboorte altijd een juridische moeder en het kan, afhankelijk van de leefvorm waarin het wordt geboren of de activiteiten die de volwassenen ontplooiën, daarnaast bij de geboorte een tweede juridische moeder hebben of later krijgen.

Dit betekent voor de moeder(s): als een vrouw een kind baart, is zij automatisch de juridische moeder van dat kind. Heeft de juridische moeder een vrouwelijke partner, dan biedt de wet de vrouwen de mogelijkheid om te bereiken dat de vrouwelijke partner bij de geboorte van het kind of daarna eveneens de status van juridische moeder van het kind kan verkrijgen.

8 Er is nog niet veel ervaring opgedaan met de vraag of andere landen het juridisch moederschap van een duomoeder accepteren. Naar verluidt vinden sommige landen het van rechtswege ontstaan van het juridisch moederschap van de duomoeder nog te ver gaan, maar staan zij minder afwijzend tegenover adoptie en mogelijk ook tegenover de erkenning door de duomoeder. In dat geval kan het aan te bevelen zijn om het juridisch moederschap van de duomoeder niet van rechtswege te laten ontstaan. Zie voor de aspecten van internationaal privaatrecht verder Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief.

Ontstaan juridisch vaderschap (artikel 1:199 BW)

De wet biedt verschillende mogelijkheden voor een kind om een juridische vader te verkrijgen. De hoofdregel is dat, als de moeder op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft met een man, het kind deze man van rechtswege als juridische vader heeft.

Heeft de moeder op het tijdstip van de geboorte geen echtgenoot of geregistreerde partner, dan kan het kind vóór de geboorte of op een later tijdstip worden erkend door de verwekker of door iemand anders. De verwekker is de man die het kind op natuurlijke wijze bij de geboortemoeder, dus langs de weg van geslachtsgemeenschap, heeft doen ontstaan. De moeder moet toestemming geven voor de erkenning.⁹ Degene die het kind wil erkennen, moet ten minste zestien jaar oud zijn (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder b BW). Vroeger stond de rechtsfiguur van de erkenning slechts open voor meerderjarigen. Op die regel bestond één uitzondering, namelijk: als een minderjarige man in het huwelijk trad met een vrouw die reeds een kind had, kon hij dit kind op de dag van de huwelijkssluiting erkennen. In 1998 is, omdat het in deze situatie mogelijk was om op jongere leeftijd dan achttien jaar in het huwelijk te treden, de minimumleeftijdsgrens om een kind te kunnen erkennen bepaald op zestien jaar. Voor het geven van toestemming voor de erkenning door de geboortemoeder geldt geen minimumleeftijdsgrens.¹⁰ Wil of kan de moeder geen toestemming geven, dan kan de verwekker vervangende toestemming aan de rechter vragen. Als het kind is verwekt met donorsperma en de partner van de moeder dus niet de verwekker is, kan deze partner vervangende toestemming vragen als hij heeft ingestemd met de donorinseminatie. Het kan ook zo zijn dat de donor het kind wil erkennen. Een donor is geen verwekker, omdat hij het kind niet op natuurlijke wijze bij de geboortemoeder heeft doen ontstaan. Toch kan hij wél vervangende toestemming voor de erkenning vragen als hij in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Dat wil zeggen dat hij een zekere band met het kind heeft opgebouwd, dus *'family life'* met het kind heeft.

9 Als een kind pas wordt erkend als het twaalf jaar of ouder is, moet het ook zelf toestemming geven. Wordt het erkend als het zestien jaar of ouder is, dan hoeft de moeder geen toestemming meer te geven. Zie artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder c en d BW.

10 Zie voor een voorbeeld van een uitspraak waarin is bevestigd dat de door een minderjarige moeder van vijftien jaar gegeven toestemming tot erkenning niet nietig is: Rb. Alkmaar 10 november 2004, ECLI:NL:RBALK:2004:AR5519.

Als het kind niet wordt erkend, kan op verzoek van de moeder of van het kind zelf het vaderschap door de rechter worden vastgesteld. Dat geldt voor het vaderschap van de verwekker of voor dat van de man die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, in het navolgende aangeduid als de instemmende levensgezel.¹¹ In de rechtspraak is ook wel mogelijk geacht om het vaderschap van een donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, gerechtelijk vast te stellen.¹²

Juridisch vaderschap kan tot slot ontstaan door adoptie (zie voor adoptie par. 6.2.2).

Samenvattend en betekenis:

Juridisch vaderschap ontstaat bij de geboorte van het kind als zijn geboortemoeder op het tijdstip van zijn geboorte is getrouwd of een geregistreerd partnerschap heeft met een man. Is zijn moeder niet getrouwd of heeft zij geen geregistreerd partnerschap, dan heeft het kind vanaf de geboorte een juridische vader, als een man het kind vóór de geboorte heeft erkend. Die man kan zijn genetische vader zijn of iemand anders. Wordt het kind niet erkend, dan kan de rechter het vaderschap vaststellen. In aanmerking daarvoor komt de verwekker of de instemmende levensgezel. Een kind kan ook twee vaders hebben. Het kan de tweede vader alleen krijgen door adoptie.

Dit betekent voor het kind: niet elk kind heeft altijd vanaf de geboorte een juridische vader. Of het kind die op het tijdstip van de geboorte heeft of later verkrijgt, hangt af van de leefvorm (huwelijk of geregistreerd partnerschap) waarin het kind wordt geboren, of van de activiteiten die de volwassenen ontplooiën om ervoor te zorgen dat juridisch ouderschap van een of twee vaders ontstaat.

11 Met de instemmende levensgezel wordt primair bedoeld op de persoon die heeft ingestemd met kunstmatige inseminatie van zijn levensgezellin met gedoneerd sperma. Instemmen met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, kan ook betrekking hebben op het instemmen met het feit dat de moeder zich prostitueert; aldus HR 7 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0444, NJ 2003/358, m.nt. S.F.M. Wortmann.

12 Zie onder meer Rb. Den Haag 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627.

Dit betekent voor de ouder(s): het wettelijk stelsel biedt ouders de mogelijkheid om voorzieningen te treffen, waardoor zij de status kunnen verkrijgen van juridische ouder van het kind dat zij krijgen. Een ‘totaalpakket’ van juridisch ouderschap dat ontstaat op het tijdstip van de geboorte, verkrijgen zij als zij vóór de geboorte met elkaar trouwen of een geregistreerd partnerschap sluiten. Doen zij dit niet, dan kunnen zij, zowel vóór als na de geboorte van het kind, het juridisch ouderschap regelen door erkenning. Zijn zij het niet eens over de inrichting van het juridisch ouderschap of willen zij dat het kind twee vaders krijgt en geen juridische moeder behoudt, dan kunnen zij na de geboorte van het kind rechterlijke tussenkomst vragen.

Tenietgaan van juridisch ouderschap algemeen

In beginsel is juridisch ouderschap, als dat eenmaal is ontstaan, niet meer terug te draaien. De wet kent echter enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt. In de eerste plaats komt aan het juridisch ouderschap een einde als het kind wordt geadopteerd. Aan adoptie zijn diverse voorwaarden verbonden (artikelen 1:227 en 228 BW). Als de rechter de adoptie uitspreekt, betekent dit dat de ouderschapsband tussen de oorspronkelijke ouder(s) en het kind wordt verbroken en tegelijkertijd vervangen door een ouderschapsband met een nieuwe ouder of twee nieuwe ouders.¹³ In de tweede plaats kan het ouderschap (juridisch vaderschap of diomoeu-erschapschap), wanneer dit niet samenvalt met genetisch ouderschap, onder voorwaarden tenietgaan door de rechtsfiguren van ontkenning van het – door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane – ouderschap of vernietiging van de erkenning.¹⁴ De wet biedt het kind ruimere mogelijkheden dan de ouders om juridisch ouderschap te laten tenietgaan. Het ouderschap van de geboortemoeder is voor allen onaantastbaar. Aan dat ouderschap kan alleen een einde komen als het kind wordt geadopteerd. Een ontkenning van het ouderschap of vernietiging van een erkenning wordt vermeld op de geboorteakte. Wordt een *uittreksel* van de geboorteakte gevraagd, dan vermeldt dat uittreksel de gegevens betreffende het ouderschap van het kind op het tijdstip van de afgifte van dat uit-

13 Als een kind slechts één juridische ouder heeft en wordt geadopteerd door de partner van die juridische ouder, blijft de afstammingsband met die juridische ouder in stand en komt er alleen een band met de ‘nieuwe’ ouder bij (artikel 1:229 lid 3 BW).

14 Bijvoorbeeld: een kind is binnen huwelijk geboren en de echtgenoot van de geboortemoeder is als juridische vader op de geboorteakte vermeld. Dan ontdekt de man dat de geboortemoeder overspel heeft gepleegd en dat hij niet de verwekker van het kind is. In zo’n geval kan de man, de geboortemoeder of het kind de behoefte voelen om het juridisch vaderschap van de man ongedaan te maken.

treksel. Dit betekent dat, als bij de geboorteaangifte mevrouw A en meneer B als juridische ouders zijn vermeld, maar het juridisch vaderschap van meneer B is ontkend en vervolgens meneer C het kind heeft erkend, op het *uittreksel* de namen van mevrouw A en meneer C als ouders van het kind zijn vermeld. Wordt evenwel een *afschrift* van de geboorteakte opgevraagd, dan staan daarop alle oorspronkelijke gegevens en daarnaast de latere vermeldingen die zijn toegevoegd. Wie een afschrift van een geboorteakte in handen heeft, kan dus zien op welk tijdstip welke personen als juridische ouders op de akte zijn vermeld en, indien van toepassing, op welk tijdstip de namen van andere personen hiervoor in de plaats zijn gekomen. Ook wijzigingen in het geslacht en in de voor- of geslachtsnaam van het kind zijn zichtbaar door de latere vermeldingen.

Tenietgaan juridisch moederschap (artikelen 1:202a, 202b en 205a BW)

Het moederschap van de geboortemoeder kan niet op andere wijze tenietgaan dan als gevolg van het feit dat het kind is geadopteerd door een nieuwe ouder. Het feit dat het kind uit de geboortemoeder is geboren, betekent dat zij de juridische moeder is en blijft. Niet van belang is de vraag of het kind ook is voortgekomen uit de eigen eikel van de geboortemoeder.

De vraag uit wier eikel het kind is voortgekomen, is wél van belang als het gaat om de positie van de duomoeder. Als het kind de duomoeder als juridische moeder heeft gekregen, omdat zijn geboortemoeder op het tijdstip van de geboorte met haar was getrouwd of een geregistreerd partnerschap had, kan het moederschap van de duomoeder in beginsel later worden ontkend. Als het kind is erkend door de duomoeder, kan de erkenning in beginsel later worden vernietigd door de rechter. In beide gevallen wordt op de geboorteakte van het kind met een zogenoemde latere vermelding aangetekend dat de duomoeder niet langer de juridische ouder van het kind is (juridisch correcter: de duomoeder wordt geacht nooit de juridische ouder van het kind te zijn geweest, omdat ontkenning en vernietiging van de erkenning terugwerkende kracht hebben). De ontkenning van het moederschap en de vernietiging van de erkenning zijn alleen mogelijk als de duomoeder niet de genetische moeder van het kind is. Als het kind daarentegen is voortgekomen uit de eikel die de duomoeder heeft geleverd, is de ontkenning van het moederschap of de vernietiging van de erkenning niet mogelijk. Eiceldonatie door de duo-

moeder verschaft haar dus een onaantastbaar moederschap (artikelen 1:202a lid 1 aanhef en 205a lid 1 aanhef BW).

Het kind heeft meer mogelijkheden dan de juridische ouders of anderen om het juridisch moederschap van de duomoeder ongedaan te maken. Het kind heeft alleen te maken met de beperkte termijn waarbinnen het dit verzoek kan doen: binnen drie jaar na het bereiken van de meerderjarigheid, doorgaans dus vóór zijn eenentwintigste verjaardag. In enkele gevallen wordt een termijnoverschrijding met een beroep op artikel 8 EVRM toegestaan. In die gevallen levert het vasthouden aan de wettelijke vervalt termijn in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een ongerechtvaardigde inmenging in het familie- en gezinsleven op en is dit vasthouden in zoverre strijdig met artikel 8 EVRM.¹⁵

Ook de moeders zijn gebonden aan een termijn, maar voor hen gelden daarnaast nog enkele andere beperkingen. Zij kunnen op eenmaal ontstaan juridisch moederschap alleen terugkomen als het min of meer per ongeluk is ontstaan en het niet de bewuste en uitdrukkelijke keuze van de geboortemoeder en/of duomoeder is geweest om het juridisch ouderschap van de duomoeder te laten ontstaan. Er moet sprake zijn geweest van dwaling, bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden (artikel 1:205a lid 1 aanhef en onder b en c BW). Dat is bijvoorbeeld het geval als de geboortemoeder al zwanger was voordat zij met de duomoeder trouwde of een geregistreerd partnerschap sloot, maar de duomoeder niet op de hoogte was van deze zwangerschap. Of de geboortemoeder heeft zonder medeweten en dus ook zonder instemming van de duomoeder zichzelf bevrucht met donorsperma. Ook kan het zijn dat het kind door de duomoeder is erkend, omdat zij in de veronderstelling verkeer-

15 Rb. Den Haag 18 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16686: belang van de biologische en maatschappelijke werkelijkheid prevaleert boven het belang van de strikte hantering van de in artikel 1:205 lid 4 BW gestelde termijn en de daarmee voorgestane rechtszekerheid; Hof Den Haag 19 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9615; Rb. Den Haag 31 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4051; Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3770. Maar de termijnoverschrijding wordt niet altijd toegestaan; zie Hof Den Haag 30 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY7454: 'Met het vasthouden aan de door de wetgever vastgestelde termijn van drie jaar wordt voor het kind en alle betrokkenen duidelijkheid geschapen. Hiermee zijn zowel het kind, als de rechtsorde uiteindelijk gebaat. Met het oog op de stellingen van de dochter dat enkele verdragsrechtelijke bepalingen een afwijking van de termijn zouden rechtvaardigen, overweegt het hof dat uit de parlementaire geschiedenis niet alleen volgt dat de wetgever een duidelijke keuze heeft gemaakt voor het hanteren van de driejaarstermijn, maar dat daarbij tevens rekening is gehouden met de desbetreffende verdragsrechtelijke regels, in het bijzonder die in het EVRM'. Zie ook Rb. Dordrecht 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU2843.

de dat er sprake was van kunstmatige bevruchting met donorsperma, terwijl later blijkt dat de zwangerschap is tot stand gekomen doordat de geboortemoeder seksueel contact heeft gehad met een man. De wet bepaalt dat de duomoeder in deze situaties niet aan haar juridisch moederschap hoeft te worden gehouden. Het kind kan dan een juridische moeder kwijtraken.¹⁶

Samenvattend en betekenis:

Het juridisch ouderschap van de geboortemoeder staat vast en dat kan noch door het kind zelf, noch door de moeder of duomoeder worden ongedaan gemaakt, ook niet als de geboortemoeder niet de genetische moeder van het kind is. Het juridisch ouderschap van de duomoeder kan op initiatief van de moeder of de duomoeder worden ongedaan gemaakt als de duomoeder niet de genetische moeder is en het ontstaan van het duomoederschap niet een uitdrukkelijke en vrije keuze van beide moeders is geweest.

Dit betekent voor het kind: het kind kan de juridische band met zijn geboortemoeder niet ongedaan maken, ook niet als het geen genetische band met zijn geboortemoeder heeft. Wel verliest het kind zijn geboortemoeder als die door adoptie wordt vervangen door een andere juridische ouder. Als het kind dat wil, kan het wel het juridisch ouderschap van de duomoeder door de rechter laten ongedaan maken, maar alleen als het geen genetische band met de duomoeder heeft.

Dit betekent voor de moeder(s): als uit een vrouw een kind wordt geboren, staat haar juridisch moederschap daarmee vast, ook als zij geen genetische band met het kind heeft. Als de duomoeder juridisch moeder is geworden en zij degene is uit wier eikel het kind is voortgekomen, kan haar moederschap niet worden ongedaan gemaakt. Als de moeders er samen bewust voor kiezen dat de duomoeder de status van juridische moeder van het kind verkrijgt, kunnen zij hierop in beginsel niet terugkomen. Aan juridisch moederschap kan dan alleen een einde komen als het kind wordt geadopteerd.

16

Zie ook Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10788, waarin de bijzondere curator namens een zeer jong kind een verzoek deed tot vernietiging van de erkenning door de duomoeder, omdat het feit dat de duomoeder geen enkel contact met het kind wilde onderhouden, voor het kind ontegenzeggelijk als een persoonlijke afwijzing zou worden gevoeld en het kind psychisch en emotioneel zou beschadigen.

Tenietgaan juridisch vaderschap (artikelen 1:200, 201, 202 en 205 BW)

Voor het tenietgaan van het juridisch vaderschap gelden vergelijkbare mogelijkheden als voor het tenietgaan van het juridisch moederschap van de duomoeder. Als het vaderschap is ontstaan omdat de vader op het tijdstip van de geboorte was gehuwd met de moeder, maar hij niet de genetische vader is, kan het kind het vaderschap ontkennen, zelfstandig dan wel – in geval van minderjarigheid – vertegenwoordigd door een bijzonder curator. Als de ouders zelf de ontkenning willen, kan dat enkel als de vader niet de genetische vader is, maar ook dan slechts onder voorwaarden. Als de moeder al zwanger van een andere man was op de huwelijksdag en haar aanstaande echtgenoot dat wist, hebben de ouders geen mogelijkheid meer om het juridisch ouderschap van de echtgenoot ongedaan te maken. Ook als de echtgenoot heeft ingestemd met bevruchting met donorsperma dat afkomstig is van een andere man, kan hij niet meer terugkomen op zijn automatisch ontstane juridisch vaderschap. Zie artikel 1:200 BW.

Als het kind is erkend door een man die niet zijn genetische vader is, kan het kind de rechter vragen de erkenning te vernietigen.¹⁷ Het kind moet het verzoek indienen voordat het eenentwintig jaar oud is. Als het kind pas daarna ontdekt dat zijn vader niet zijn genetische vader is, heeft het vanaf dat moment nog drie jaar. Zoals bij het tenietgaan van het moederschap al werd opgemerkt, is de betekenis van deze termijn in de rechtspraktijk genuanceerd. De vader of moeder kan een erkenning alleen laten vernietigen als sprake is geweest van bedreiging, dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden. Bijvoorbeeld: de man heeft het kind vóór de geboorte erkend, omdat hij in de veronderstelling verkeerde dat de vrouw zwanger was van zijn kind. Later blijkt dat een andere man de verwekker van het kind is. De man die heeft erkend, kan de rechter dan vragen de erkenning te vernietigen. Als de vader of moeder zelf de vernietiging van de erkenning wil, moet het verzoek in beginsel binnen een jaar worden gedaan.¹⁸ Zie artikel 1:205 BW.

17 De man die het kind destijds heeft erkend, was bijvoorbeeld de nieuwe partner van de moeder van het kind, maar in de tussentijd is de relatie tussen de moeder en de man beëindigd en voelt het kind totaal geen band met de man. In zo'n geval kan het kind de behoefte voelen om ook de juridische band met de man te beëindigen.

18 Artikel 1:205 lid 4 BW bepaalt dat in geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden het verzoek moet worden gedaan binnen een jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken, en in geval van bedrog of dwaling binnen een jaar nadat de verzoeker het bedrog of de dwaling heeft ontdekt.

Samenvattend en betekenis:

Het juridisch ouderschap van de genetische vader kan niet ongedaan worden gemaakt. Aan de rechter kan worden gevraagd het vaderschap ongedaan te maken als de juridische vader niet de genetische vader is. Als de vader of de moeder het vaderschap van de niet-genetische vader ongedaan wil maken, kan dat alleen als het ontstaan van het vaderschap niet een uitdrukkelijke of vrije keuze van de vader of de moeder is geweest.

Dit betekent voor het kind: een kind kan, als het dat wil, bewerkstelligen dat het juridisch ouderschap van zijn vader door de rechter ongedaan wordt gemaakt, maar uitsluitend als het geen genetische band met die vader heeft. Voor het kind gelden dan – naast de leeftijd en de termijn – geen andere voorwaarden voor het ongedaan maken van het juridisch ouderschap van de vader. Bestaat er wél een genetische band tussen het kind en zijn vader, dan kan het kind het juridisch ouderschap van zijn vader niet ongedaan laten maken, maar verliest het zijn juridische vader wél als die door adoptie wordt vervangen door een ander.

Dit betekent voor de ouder(s): de ouders zelf kunnen alleen in het geval van niet-genetisch vaderschap het juridisch ouderschap van de vader door de rechter ongedaan laten maken en dan alleen nog als het ontstaan van het vaderschap niet de uitdrukkelijke of vrije keuze van de vader is geweest. Als de juridische ouder(s) er bewust voor kie(st)(zen) dat de man de status van juridische vader van het kind verkrijgt, terwijl de man geen genetische band met het kind heeft, kunnen zij hierop in beginsel geen van beiden terugkomen. Aan juridisch vaderschap kan dan alleen een einde komen als het kind wordt geadopteerd.

6.2.2 ADOPTIE (ARTIKELN 1:227 EN 228 BW)

Adoptie is een rechtsfiguur waarmee de familierechtelijke betrekking tussen een kind en zijn ouder of ouders en andere familieleden wordt verbroken. Tegelijkertijd wordt dan een nieuwe familierechtelijke betrekking gevestigd tussen het kind en een of twee nieuwe ouders. Nederland kent alleen deze zogenoemde sterke of volle adoptie (artikel 1:229 leden 1 en 2 BW). In sommige andere landen bestaat (ook) een andere vorm van adoptie, die bekend staat als zwakke adoptie. Een zwakke adoptie komt in verschillende vormen voor en heeft vaak minder rechtsgevolgen dan

een sterke of volle adoptie. Kenmerkend van de zwakke adoptie is dat de familierechtelijke betrekking met de familie en soms ook met de oorspronkelijke ouder, naast de nieuw gevestigde familierechtelijke betrekking met de adoptiefouders en hun familie, blijft bestaan.¹⁹ In dat geval kan een kind dus meer dan twee juridische ouders hebben.

In Nederland is alleen adoptie van minderjarigen mogelijk. Alleen de rechter kan de adoptie uitspreken. Adoptie is mogelijk door één persoon of twee personen gezamenlijk. In geval van adoptie door één persoon gaat het vaak om de nieuwe partner van een van de ouders van het kind. Maar het is ook mogelijk dat het kind door een alleenstaande wordt geadopteerd. De adoptie moet altijd in het kennelijk belang van het kind zijn. Verder moet vaststaan dat het kind van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder niets meer heeft te verwachten (artikel 1:227 lid 3 BW). Er is nog een aantal specifieke voorwaarden, opgesomd in artikel 1:228 lid 1 BW: er mag geen sprake zijn van bezwaren van het kind tegen de adoptie.²⁰ Ook mag er geen sprake zijn van bezwaren van de op dat moment nog juridische ouders die het kind afstaan. Aan eventuele bezwaren die de ouders opbrengen, kan de rechter in uitzonderings-situaties voorbijgaan. Als de ouders nog gezag over het kind hebben, moet dat gezag eerst met behulp van een kindbeschermingsmaatregel zijn beëindigd voordat de adoptie kan worden uitgesproken. Het kind mag niet het kleinkind zijn van de mensen die hem willen adopteren. De adoptanten moeten ten minste achttien jaar ouder zijn dan het kind. Als het kind is geboren uit een minderjarige moeder, kan er pas een adoptie worden uitgesproken als die moeder ten minste zestien jaar oud is. Voordat de adoptie kan worden uitgesproken, moeten de personen die het kind willen adopteren, ten minste een jaar voor het kind hebben gezorgd. Maar deze voorwaarde geldt niet als een duomoeder het kind van haar partner wil adopteren.²¹

19 Schmidt 1996.

20 De wet bepaalt dat een voorwaarde voor de adoptie is dat het kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar of jonger, als het in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, niet van bezwaren tegen de adoptie heeft doen blijken (artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder a BW).

21 Als het kind wordt geboren binnen de relatie van twee vrouwen, kan de adoptieprocedure al vóór de geboorte in gang worden gezet; de adoptie werkt in dat geval terug tot het tijdstip van de geboorte. Wordt het verzoek ingediend binnen zes maanden na de geboorte, dan werkt de adoptie terug tot het tijdstip van indiening van het verzoek (artikel 1:230 lid 2 BW). Wordt tevens een onbekendheidsverklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting overgelegd, dan wordt het verzoek alleen afgewezen als de adoptie niet in het kennelijk belang van het kind is of niet aan de overige voorwaarden is voldaan (artikel 1:227 lid 4 BW).

De adoptieprocedure kan in geval van adoptie door een man niet in gang worden gezet vóór de geboorte: de man moet het kind eerst ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed. Het kan ook zijn dat het kind door twee mannen gezamenlijk wordt geadopteerd, maar ook dat kan pas als zij het kind eerst een jaar hebben verzorgd en opgevoed (artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder f BW).

Samenvattend en betekenis:

Alleen de rechter kan de adoptie uitspreken. Door de adoptie wordt de familierechtelijke betrekking tussen de oorspronkelijke ouder(s) en het kind verbroken en vervangen door een nieuwe familierechtelijke betrekking met de adoptief-ouder(s). De wet stelt strikte eisen aan de adoptie. In sommige gevallen gelden minder strikte eisen.

Dit betekent voor het kind: een kind kan in plaats van zijn oorspronkelijke ouder(s) één of twee ‘nieuwe’ ouders en de bij hen behorende familieleden krijgen. Het kind raakt de band met zijn oorspronkelijke ouders en hun familie volledig kwijt. Een kind kan niet zelf bewerkstelligen dat het nieuwe ouders krijgt; het kind is daarvoor afhankelijk van de wens daartoe van volwassenen en de beoordeling door de rechter.

Dit betekent voor de ouder(s): een persoon die de juridische ouder van een kind is, kan deze status verliezen als het kind wordt geadopteerd. De oorspronkelijke ouder wordt daarmee in juridische zin een vreemde voor het kind: al zijn banden met het kind worden verbroken. De ‘nieuwe’ ouder(s) krijg(t)(en) door de adoptie de volledige juridische verantwoordelijkheid voor het kind.

6.3 LIJNEN EN VISIE WETGEVER DOOR DE TIJD HEEN

6.3.1 HISTORIE IN VOGELVLUCHT

6.3.1.1 Algemeen

In het Nederlandse BW van 1838 was bepaald dat, als een kind werd geboren uit een ongehuwde moeder, er niet zomaar een familierechtelijke betrekking ontstond. Het kind moest eerst worden erkend door zowel de moeder als de vader. Traden de ouders op een later tijdstip alsnog

in het huwelijk, dan kreeg het kind alsnog de status van wettig kind. Een uit overspel of in bloedschande verwekt kind kon echter door geen van beide ouders worden erkend en ook niet gewettigd. Werd een kind buiten huwelijk geboren, dan had het dus een uitermate povere positie. Het betaalde de tol voor het door de samenleving niet geaccepteerde gedrag van de ouders.²²

Het afstammingsrecht sloot daarmee vanaf de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 primair aan op het huwelijk. Uitgangspunt daarmee was dat het in het belang van het kind was om twee juridische (getrouwde) ouders te hebben. In de loop van de jaren is de slechte positie van buiten huwelijk geboren kinderen langzaam verbeterd. Maar de mogelijkheden om op grond van de genetische band tussen de verwekker en het kind tussen hen een familierechtelijke betrekking te vestigen bleven nog lang zeer beperkt. Het belang van het kind moest in die tijd uitdrukkelijk wijken voor het belang van de samenleving om het huwelijk te beschermen.

Vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw zijn diverse wijzigingen aangebracht in de positie van buiten huwelijk geboren kinderen. Wel bleef lange tijd duidelijk dat het huwelijk de norm was en bleef het afstammingsrecht gebaseerd op de wens het huwelijk te beschermen. Zo kon tot 1 april 1998 alleen de bedrogen echtgenoot zelf het juridisch vaderschap ontkennen. Het kind zelf had daarvoor geen mogelijkheden en de moeder evenmin. Om als man het vaderschap te kunnen ontkennen, moest wel duidelijk zijn dat hij de vader niet kón zijn. In de praktijk betekende dit dat slechts als de man gedurende het conceptietijdvak bijvoorbeeld op zee was geweest of anderszins niet in de buurt van de moeder, aan het criterium werd voldaan. Pas toen bloedtesten²³ mogelijk werden, werd het gemakkelijker voor mannen om hun vaderschap te ontkennen.

22 In de Tweede Kamer is bij de behandeling van de kindervetten in 1901 wel discussie gevoerd over de vraag of buiten huwelijk geboren kinderen nog mochten worden aangeduid met de term 'onechte' kinderen. Degenen echter die de term goedkeurden, vonden dat omdat in het woord 'onecht' iets ligt opgesloten van de afkeer die het volk voor buitenechtelijke betrekkingen voelt (De Vries & Van Tricht 1903, p. 100).

23 Aanvankelijk bloedgroepbepaling, waarmee soms kon worden uitgesloten dat de echtgenoot de genetische vader was, maar soms, bijvoorbeeld ingeval alle betrokkenen bloedgroep O-positief hadden, geen uitsluitsel bood. Pas toen DNA-testen mogelijk werden, kon min of meer onomstotelijk worden bewezen dat de man niet de (genetische) vader kon zijn, of juist dat een bepaalde man wél de (genetische) vader van een kind was.

Vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft het familierecht als gevolg van de maatschappelijke veranderingen een relatief snelle ontwikkeling doorgemaakt. De rechtspraak van het EHRM inzake de artikelen 8 en 14 EVRM was talrijk en noopte tot aanpassing van het Nederlandse afstammingsrecht.²⁴ Ook de roep om een kind dat werd geboren binnen de relatie van homoseksuele partners, de mogelijkheid te bieden om die twee personen als juridische ouders te verkrijgen, werd steeds luider. Dat leidde tot een op 1 januari 1998 in werking getreden wet, waarin het weliswaar nog niet mogelijk werd dat het kind twee juridische moeders of twee juridische vaders kreeg, maar wél mogelijk werd dat de juridische ouder samen met de partner van hetzelfde geslacht het gezag over het kind verkreeg.²⁵ Slechts enkele jaren later werd deze wet gevolgd door de openstelling van het huwelijk voor partners van gelijk geslacht²⁶ en de mogelijkheid van adoptie door partners van hetzelfde geslacht.²⁷

Bij de herziening van het afstammingsrecht in 1998 werd naast de bestaande mogelijkheid voor de vader ook voor de moeder en het kind de mogelijkheid ingevoerd om, onder bepaalde voorwaarden, het juridisch vaderschap te ontkennen van de man die geen genetische verwantschap met het kind had. De aansluiting, van het deel van het afstammingsrecht dat ziet op het ongedaan maken van juridisch ouderschap, bij de genetische band kreeg daardoor een zwaarder accent dan in vroeger tijden het geval was.

Het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen werd afgeschaft. Werd een kind buiten huwelijk geboren, dan kon het worden erkend en had het daarmee geen andere positie meer dan het binnen huwelijk geboren kind. De erkenning bleef ook mogelijk voor de man die niet de genetische vader van het kind is, waardoor het uitgangspunt dat het in het belang van het kind is om twee juridische ouders te hebben, in dat

24 Vergelijk bijvoorbeeld EHRM 13 juni 1979, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*) en EHRM 27 oktober 1994, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, NJ 1995/248, m.nt. J. de Boer (*Kroon e.o./Nederland*).

25 Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506.

26 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), *Stb.* 2001, 9.

27 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), *Stb.* 2001, 10.

opzicht bleef prevaleren boven het belang van het genetisch vaderschap. De verwekker verkreeg wél een bijzondere positie: als de moeder geen toestemming wilde geven voor de erkenning, kon hij voortaan vervangende toestemming aan de rechter vragen. De verwekker kreeg ook een voorkeurspositie doordat werd bepaald: het verzoek wordt toegewezen, tenzij daardoor het belang van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind worden geschaad (artikel 1:204 lid 3 BW oud, tekst geldend vanaf 1 april 1998 tot 1 april 2014). De bepaling is in de jurisprudentie zodanig ingevuld dat er voor afwijzing van het verzoek sprake dient te zijn van ernstige contra-indicaties. Bovendien werd een nieuwe rechtsfiguur geïntroduceerd: de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (artikel 1:207 BW). De nieuwe rechtsfiguur bood het kind dat slechts één ouder had, in overeenstemming met de artikelen 8 en 14 EVRM, de mogelijkheid om een familierechtelijke betrekking met zijn verwekker te vestigen, ook als deze persoon zulks niet wilde (of niet meer kon bewerkstelligen, omdat hij reeds was overleden). Ook de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de instemmende levensgezel werd mogelijk. Het afstammingsrecht ging daardoor sterker leunen op de verantwoordelijkheid voor het ontstaan van het kind. Die verantwoordelijkheid vloeit voort uit de verwekkingsdaad of de instemming met de verwekking en de daarmee samenhangende intentie op het ontstaan van het kind. De spermadonor, die wel genetisch vader is, maar geen verwekker, bleef dan ook buiten schot. Alleen wie willens en wetens een zwangerschap laat ontstaan, of het risico daarop aanvaardt, is als ouder verantwoordelijk voor het kind en kan aldus worden gedwongen zijn positie op de geboorteakte in te nemen. Over de positie van de moeder schreef de toenmalige Staatssecretaris van Justitie (E.M.A. Schmitz) in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel:²⁸

‘De moeder van het kind is de vrouw die het kind heeft gebaard, ook als het genetische materiaal waaruit het kind is ontstaan, niet van haar afkomstig is. Het gaat mij te ver om, nu er technische mogelijkheden tot embryodonatie zijn voor alle gevallen het vaste uitgangspunt ten aanzien van het moederschap te vervangen door een vermoeden van moederschap dat zo nodig door de vrouw die het kind heeft gebaard of het kind en eventueel door de vader kan worden ontkracht. Het gegeven dat de vrouw op deze wijze een kind

wilde krijgen, de zwangerschap en de geboorte vormen voor deze opvatting voldoende grondslag.'

Aldus bleef de grondslag voor het juridisch moederschap duidelijk en ongewijzigd: het gegeven dat het kind uit de vrouw is geboren, vormde de grondslag voor het haar verantwoordelijk houden voor het ontstaan van het kind, en daarmee de grondslag voor haar juridisch ouderschap. De genetische band tussen moeder en kind, die overigens wel wordt vermoed, vormde volgens de wetgever op zichzelf dus geen onderdeel van de grondslag.

De grondslag voor het juridisch vaderschap was nog steeds primair het huwelijk. Alleen kwam er naast de bescherming van het huwelijk ook meer aandacht voor de bescherming van het buiten huwelijk geboren kind en diens belang bij een stabiele leefomgeving en twee juridische ouders.

Op 1 april 2014 trad de regeling in werking op grond waarvan de vrouwelijke echtgenoot of geregistreerde partner van de moeder van rechtswege juridisch ouder wordt als ten tijde van de geboorteaangifte een onbekendheidsverklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting wordt overgelegd. Uit de verklaring moet blijken dat gebruik is gemaakt van het zaad van een geregistreerde zaaddonor van wie de identiteit voor de moeder niet bekend is. Daarnaast werd de mogelijkheid van erkenning van een kind door een vrouw ingevoerd.²⁹

Eveneens met ingang van 1 april 2014 is geen sprake meer van de bijzondere positie van overspelige kinderen. Het verbod voor een gehuwde man om een kind te erkennen dat hij bij een andere vrouw heeft verwekt, is op die datum vervallen.³⁰ De bescherming van het huwelijk speelt evenwel nog steeds een rol. Dit zien wij terug bij de beperkte mogelijkheden van de verwekker om het juridisch vaderschap te betwis-

29 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480.

30 Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2013, 486. Een dergelijke, onder het oude recht nietige erkenning kan echter worden bekrachtigd in de zin van (artikel 3:59 in verbinding met) artikel 3:58 lid 1 BW; zie HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:179 en 186, *NJ* 2015/106, m.nt. S.F.M. Wortmann (*bekrachtiging nietige erkenning*).

ten. Hij kan dit onder omstandigheden wél indien de juridische vader het kind heeft erkend,³¹ maar niet als de juridische vader van rechtswege vader is geworden.³² Ook een in bloedschande verwekt kind heeft nog steeds een slechtere positie dan andere kinderen. Het staat weliswaar in familierechtelijke betrekking tot de geboortemoeder en haar eventuele echtgenoot of geregistreerde partner, maar het kan niet worden erkend door de verwekker (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder a BW). Het juridisch vaderschap van de incestueuze verwekker kan evenmin gerechtelijk worden vastgesteld (artikel 1:207 lid 2 aanhef en onder b BW). Het kind kan wél worden erkend door een andere man, maar die moet dit dan wel zelf willen.

Reeds tijdens de parlementaire behandeling van het herziene afstammingsrecht van 1998 is aandacht besteed aan de vraag of het moederschap een rechtsfeit moest blijven of dat ontkenning van het juridisch moederschap op grond van het gelijkheidsbeginsel mogelijk moest zijn als de geboortemoeder niet de leverancier van de eicel was. Dus net als bij de ontkenning van het vaderschap: als de man niet de leverancier van het sperma is, kan zijn juridisch vaderschap onder voorwaarden worden ontkend. De toenmalige Staatssecretaris van Justitie benadrukte hierop nogmaals de betekenis van het gedurende negen maanden dragen en het baren van het kind.³³

Met de invoering in 2014 van de wetgeving rond het lesbisch ouderschap is in dit uitgangspunt betreffende de geboortemoeder geen verandering gebracht. De grote verandering van de wetgeving rond lesbisch ouderschap³⁴ zit erin dat naast de geboortemoeder mogelijkheden zijn gecre-

31 Op grond van vaste jurisprudentie kan de erkenning door een ander onder bepaalde voorwaarden ongedaan worden gemaakt.

32 Er is voor zover bekend nog nimmer een uitspraak gedaan, waarin de rechter oordeelde dat het door huwelijk ontstane vaderschap van de echtgenoot diende te wijken voor het recht van de verwekker om een familierechtelijke betrekking te vestigen met het kind (dus moeder is vóór de geboorte getrouwd met een ander om te voorkomen dat de verwekker na de geboorte de rechter vervangende toestemming voor erkenning kan vragen). Wel is denkbaar (doch voor zover bekend nog niet in de praktijk gebracht) dat een ambtshalve door de rechter benoemde bijzondere curator een procedure tot ontkenning van het vaderschap instelt, waarna voor de verwekker eventueel de weg naar erkenning openligt.

33 *Kamerstukken II 1996/97, 24649, 6, p. 12.*

34 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480, in werking getreden op 1 april 2014.

eerd voor een tweede vrouw om eveneens juridisch moeder van het kind te worden.³⁵

6.3.1.2 Adoptie

De rechtsfiguur adoptie deed zijn intrede in het Nederlandse recht in 1956.³⁶ De reden voor de invoering was dat met de adoptie de laatste stap kon worden gezet om de definitieve plaatsing van het kind in een pleeggezin te bevestigen: het kind werd ook in juridische zin volledig opgenomen in het nieuwe gezin. De adoptie was daarmee in Nederland uitdrukkelijk een onderdeel van het pakket aan kinderbeschermingsmaatregelen.³⁷ Dit in tegenstelling tot de functie die de adoptie destijds in veel andere landen had, te weten een manier om een uitstervend geslacht in stand te houden.³⁸ In Nederland kon met de adoptie van het kind definitief worden voorkomen dat het kind het gezin waarin het was opgenomen, nog zou moeten verlaten, omdat de oorspronkelijke ouders, die het kind kennelijk niet konden verzorgen en opvoeden, het kind teruggeisten.³⁹ Het belang van het kind op bescherming van zijn positie in het nieuwe gezin stond daarmee absoluut centraal. Dat kinderbeschermingsaspect komt ook sterk tot uitdrukking in geval van interlandelijke adoptie. Alleen als een in het buitenland wonend kind geen ouders heeft die het kind kunnen verzorgen en opvoeden, en er in het desbetreffende land evenmin geschikte personen zijn die het kind in hun gezin kunnen opnemen, kan interlandelijke adoptie een manier zijn om het kind een nieuwe familie te geven.⁴⁰

In de loop der tijd is het kinderbeschermingsaspect van de adoptie langzaam op de achtergrond geraakt. In 1979 werd de stiefouderadoptie

35 Vóór 1 april 2014 (en vanaf 1 april 2001) was het weliswaar al mogelijk dat een kind twee moeders had, maar dat kon alleen via adoptie.

36 Wet van 26 januari 1956, *Stb.* 1956, 42.

37 Zie de memorie van toelichting: *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, 3.

38 *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, 3, p. 5.

39 Koens schrijft: 'Het doel van de adoptie bij de invoering in 1956 is geweest de bescherming van het kind door een erkenning rechtens van de duurzame binding tussen kind en pleegouders die hem/haar duurzaam verzorgen en opvoeden, omdat die voor het kind wezenlijk te achten banden de plaats zijn gaan innemen van de bij de geboorte van het kind niet tot stand gekomen of later volledig afgesneden banden met de onmachtige of onwillige ouders. Door de adoptie wordt het kind – dat feitelijk al deel uitmaakt van het gezins- en familieverband van de adoptanten – juridisch geheel geïntegreerd in die nieuwe familie. De adoptie werd gezien als een sluitstuk van de jeugdbescherming ten behoeve van kinderen waarvan de eigen ouders niet in staat of niet bereid waren aan het kind het vereiste verzorgings- en opvoedingsklimaat te bieden'; zie Koens z.j.

40 Zie ook het Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, Verdrag van 29 mei 1993, *Trb.* 1996, 94, voor Nederland in werking getreden op 1 oktober 1998.

ingevoerd.⁴¹ Daarmee ontstond voor de nieuwe partner van een ouder die alleen was komen te staan, de mogelijkheid om ook juridisch ouder van het kind te worden. Het juridisch ouderschap van de stiefouder kwam dan in de plaats van het juridisch ouderschap van de oorspronkelijke ouder die uit beeld was geraakt of overleden. Het kind verloor met het verbreken van de juridische relatie met zijn oorspronkelijke ouder ook de juridische relatie met de overige familieleden, zoals grootouders. Het karakter van adoptie als sluitstuk in de kindbescherming veranderde daarmee in een mogelijkheid om een afstammingsrelatie te vestigen met een nieuwe ouder en diens familie, niet zozeer omdat moest worden gevreesd dat het kind uit het gezin waarin het woonde, kon worden weggehaald, als wel om de sociale relatie tussen het kind en de stiefouder juridisch te bevestigen. Ook de in 2001 ingevoerde mogelijkheid van adoptie door personen van hetzelfde geslacht⁴² benadrukte de veranderde grondslag van de adoptie: de mogelijkheid voor een sociale ouder om een afstammingsrelatie met het kind te vestigen.

6.3.1.3 De ontwikkelingen vanuit het perspectief van het kind

Van oudsher had een kind dat buiten huwelijk was geboren, een slechte positie. De samenleving keurde seksueel verkeer buiten huwelijk sterk af. De eventueel uit dat seksuele verkeer voortkomende kinderen betaalden het gelag. Daarvan was de wetgever zich uitdrukkelijk bewust.⁴³

De visie op de positie van kinderen is ingrijpend veranderd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).⁴⁴ Met name de jurisprudentie die zowel internationaal als nationaal is ontwikkeld over artikel 8 EVRM, het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, heeft baanbrekende gevolgen gehad voor de positie van het kind in het afstammingsrecht en daarmee samenhangende rechten. Zo oordeelde de Hoge Raad in 1994

41 Wet van 13 september 1979, *Stb.* 1979, 501.

42 Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10.

43 Bij de behandeling van de wetswijziging van 1947 sprak de Minister van Justitie: 'Het blijve een ieder ingescherpt, dat overspel en bloedschande behoren tot de meest afkeurenswaardige uitingen van de menselijke zwakheid op sexueel gebied. Hiertoe kan de achterstelling van de uit dergelijke verhoudingen geboren kinderen het hare bijdragen. Daarom mag de wetgever zijn medelijden met deze kinderen niet tot richtsnoer nemen' (Asser/Wiarda 1957, p. 497). Overigens is door de leden van de Eerste Kamer destijds ook gewezen op de grammaticale onjuistheid van de term 'overspelige kinderen', doch de term is daarmee niet in onbruik geraakt, *Kamerstukken I* 1946/47, 25, 25, p. 1.

44 Op het grote belang van de totstandkoming van het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) wordt uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 1, Belangen en rechten van het kind.

dat het kind dat was geboren uit een ongehuwde moeder, recht had op inzage in het persoonsdossier van haar intussen overleden moeder.⁴⁵ In dat dossier stonden de gegevens van haar verwekker. De Hoge Raad overwoog dat aan bepaalde grondrechten een algemeen persoonlijkheidsrecht ten grondslag ligt, dat mede een recht omvat om te weten van wie men afstamt. Maar dat recht is niet absoluut: het recht om te weten van wie men afstamt, zal moeten wijken voor het recht van anderen als deze in het gegeven geval zwaarder wegen. De Nederlandse wetgever pakte de toegeworpen handschoen op met de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. In deze wet, die op 1 januari 2004 in werking trad, is geregeld dat wie kunstmatige donorbevruchting verricht of doet verrichten de gegevens van de donor moet laten registreren bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting.⁴⁶ In beginsel kan het kind vanaf de leeftijd van zestien jaar de beschikking krijgen over alle gegevens, inclusief de persoonsidentificerende gegevens van de donor.⁴⁷

In de reeds eerder genoemde herziene afstammingswetgeving van 1998 is ter bescherming van de belangen van het kind artikel 1:212 BW ingevoerd, dat bepaalt dat het minderjarige kind in afstammingszaken die hem betreffen, wordt vertegenwoordigd door een bijzondere curator. Dat geldt zowel wanneer het minderjarige kind zelf een afstammingsprocedure voert, als wanneer zijn vader of moeder de rechter benadert om wijziging aan te brengen in de juridische afstammingsrelatie met het kind. In dat geval is het kind belanghebbende in de procedure en wordt het ook dan vertegenwoordigd door een bijzondere curator.⁴⁸ Opmerkelijk is evenwel dat in de rechtspraak is bevestigd dat, als een verzoek tot ontkenning van het vaderschap of vernietiging van de erkenning door een vader of moeder wordt ingediend, dit verzoek wordt toegewezen als

45 HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (Valkenhorst). Zie ook EHRM 7 juli 1989, ECLI:NL:XX:1989:AB9903, NJ 1991/659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*).

46 Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240.

47 De wet bepaalt in artikel 3 lid 2 dat de donor moet instemmen met de verstrekking van de persoonsidentificerende gegevens, maar tevens is bepaald dat, als de instemming wordt geweigerd, de belangen van de donor worden afgewogen tegen die van de minderjarige, waarbij de verstrekking uitsluitend achterwege blijft als zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden.

48 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, NJ 2015/57, m.nt. S.F.M. Wortmann: een kind is belanghebbende in alle familierechtelijke zaken die hem betreffen. Zie ook HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409, NJ 2015/293, m.nt. S.F.M. Wortmann.

aan de gronden is voldaan. Voor een weging van het belang van het kind is in die situatie geen plaats.⁴⁹

6.3.2 GRONDSLAGEN HUIDIG AFTAMMINGSRECHT

Ontstaan juridisch moederschap

Het juridisch moederschap van de geboortemoeder ontstaat door de geboorte van het kind. Of de geboortemoeder de genetische moeder is, hetgeen overigens vrijwel altijd het geval zal zijn, omdat eiceldonatie nog steeds uiterst zeldzaam is, is niet bepalend. Voor de geboortemoeder ontstaat een verantwoordelijkheid voor het kind als gevolg van het feit dat zij het kind heeft gedragen en gebaard. Tot aan de invoering van het juridisch duomoederschap kon moederschap, behalve door adoptie, niet na de geboorte van het kind ontstaan. Dat geldt nog steeds voor het juridisch moederschap van de geboortemoeder.

De grondslag voor het juridisch moederschap van de duomoeder is haar intentie om moeder te worden. Een eventuele genetische band tussen duomoeder en kind is voor het ontstaan van het juridisch moederschap niet vereist. Is de duomoeder gehuwd met of geregistreerde partner van de geboortemoeder en wordt bij de aangifte een verklaring van (aanvankelijke) anonimiteit van de donor overgelegd, dan wordt de duomoeder van rechtswege moeder. Als echtgenote of geregistreerde partner wordt zij in beginsel verantwoordelijk gehouden voor het ontstaan van het kind. In andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen. Wil de geboortemoeder daarvoor geen toestemming geven, dan kan de duomoeder vervangende toestemming vragen als zij als levensgezellin van de moeder heeft ingestemd met de bevruchting. Het verzoek wordt toegewezen als de rechter oordeelt dat dit in het belang van het kind is (artikel 1:204 lid 4 BW).⁵⁰

49 Zie bijvoorbeeld: Rb. Alkmaar 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK8473; Rb. Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1014; Rb. Oost-Brabant 14 april 2014, niet gepubliceerd; de rechtbank wees het verzoek tot vernietiging van de erkenning af wegens strijd met het belang van het kind, maar Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:620, vernietigde deze beschikking en wees het verzoek alsnog toe, overwegende dat het belang van het kind niet bij de beoordeling behoeft te worden betrokken; zie ook Asser/De Boer 2010/702.

50 Het toewijzingscriterium is niet hetzelfde als wanneer de verwekker van een kind vervangende toestemming vraagt (artikel 1:204 lid 3 BW). Er is weliswaar nog geen rechtspraak bekend, doch aangenomen mag worden dat, als de duomoeder de genetische moeder is, de rechter het criterium dat geldt voor de donor met *family life*, analoog zal toepassen.

Tot slot kan het juridisch ouderschap van de duomoeder op grond van artikel 1:207 lid 1 BW gerechtelijk worden vastgesteld als zij heeft ingestemd met de kunstmatige bevruchting (dus instemmende levensgezellin is).

De huidige grondslagen voor het ontstaan van het juridisch moederschap door afstamming kunnen daarmee als volgt worden aangeduid:

- het (rechts)feit dat de moeder het kind baart;⁵¹
- het huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen en de daaruit voortvloeiende (veronderstelde) verantwoordelijkheid van de echtgenote of geregistreerde partner van de geboortemoeder voor het ontstaan van het kind, mits een verklaring van (aanvankelijke) anonimiteit van de donor wordt overgelegd;
- de verantwoordelijkheid voor het kind die voortvloeit uit de intentie van de vrouw, zoals die blijkt uit de erkenning of het feit dat de vrouw heeft ingestemd met een donorbefruchting van de geboortemoeder (haar ouderschap wordt gerechtelijk vastgesteld als de geboortemoeder of het kind dat wenst).

Samenvattend:

De primaire grondslag voor het ontstaan van het juridisch moederschap van de geboortemoeder is het verantwoordelijk worden gehouden voor het ontstaan, het dragen en het baren van het kind. De grondslag voor het vestigen van het moederschap van de duomoeder is haar intentie om het juridisch ouderschap op zich te nemen. In beide gevallen is niet wettelijk vereist dat de moeder (geboortemoeder of duomoeder) ook degene is van wie de eicel afkomstig is.

51 De intentie zal veelal aanwezig zijn, maar dat hoeft niet. Vergelijk de ongewild zwangere die contrecoeur moeder wordt en daarop niet zelfstandig kan terugkomen. Zij kan besluiten het kind niet te willen verzorgen en afstand van het kind te doen, maar voor het verbreken van de familierechtelijke betrekking is nodig dat die betrekking met iemand anders wordt gevestigd en dat dient dan naar het oordeel van de rechter ook nog in het kennelijk belang van het kind te zijn (adoptie). Ook de draagmoeder heeft niet de intentie om een familierechtelijke betrekking tussen haar en het kind te vestigen of in stand te laten. Zij krijgt echter die familierechtelijke betrekking in het huidige (Nederlandse) afstammingsrecht hoe dan ook 'opgedrongen' en zij heeft, indien zij besluit het kind te dragen (en te baren), geen zelfstandige mogelijkheden (dus zonder adoptie) om de betrekking zelfstandig te laten tenietgaan.

Tenietgaan juridisch moederschap

De genetische band tussen moeder en kind speelt wél een rol bij de mogelijkheden tot ontkenning van het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane moederschap. Zoals bekend was ontkenning van moederschap tot 1 april 2014 in het geheel niet mogelijk. Het moederschap ontstond alleen door geboorte of adoptie. Geldend recht is dat ontkenning van het moederschap van de geboortemoeder nog steeds niet mogelijk is, ook niet als de eicel waarmee het kind is verwekt, niet van haar afkomstig is. Het mogelijk maken van ontkenning van moederschap in de uitzonderlijke situatie waarin de geboortemoeder geen genetische band met het kind heeft, heeft de wetgever tot op heden afgewezen.⁵²

Het juridisch moederschap van de duomoeder kan tenietgaan als zij geen genetische band met het kind heeft. Maar als de duomoeder medeverantwoordelijk is voor het ontstaan van het kind of bewust de verantwoordelijkheid voor het kind op zich heeft genomen, kan noch zijzelf, noch de geboortemoeder het tenietgaan bewerkstelligen. Dat kan alleen het kind. De grondslag voor het niet kunnen doen tenietgaan van het juridisch moederschap is daarmee het verantwoordelijk worden gehouden voor het ontstaan van het kind en/of de ouderschapsband. Maar de grondslag voor het wél kunnen doen tenietgaan van het juridisch moederschap op initiatief van het kind is het ontbreken van een genetische band en het niet uit de desbetreffende vrouw zijn geboren (artikelen 1:202a en 205a BW).

52

Zie hetgeen hierover is vermeld in par. 6.3.1.1 (citaat uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot herziening van het afstammingsrecht), welke opvatting vrijwel letterlijk is herhaald in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel lesbisch ouderschap: 'De moeder van het kind is de vrouw die het kind heeft gebaard, ook als het genetische materiaal waaruit het kind is ontstaan, niet van haar afkomstig is. Er zijn weliswaar technische mogelijkheden tot eiceldonatie, maar het gaat te ver om voor alle gevallen het vaste uitgangspunt ten aanzien van het moederschap te vervangen door een vermoeden van moederschap dat kan worden ontkracht. Het gegeven dat de vrouw een kind wilde, de zwangerschap en de geboorte vormen voor deze opvatting voldoende grondslag' (*Kamerstukken II 2011/12, 33032, 3, par. 2*).

Samenvattend:

De grondslag voor het tenietgaan van juridisch moederschap is het ontbreken van genetisch ouderschap en het niet uit de desbetreffende vrouw zijn geboren, met dien verstande dat wie de intentie had om juridisch moeder te worden daarmee de verantwoordelijkheid voor het kind op zich heeft genomen en daaraan wordt gehouden.

Ontstaan juridisch vaderschap

Voor het ontstaan van juridisch vaderschap geldt reeds onveranderd van oudsher dat de echtgenoot (of – sinds 1 april 2014 – de geregistreerde partner) van de moeder van rechtswege de vader van een uit haar geboren kind is. Dat de man de genetische vader van het kind is, is voor het ontstaan van het juridisch vaderschap van de echtgenoot of geregistreerde partner niet vereist (artikel 1:199 aanhef en onder a en b BW).

Voor de erkenning geldt dat de genetische band op zichzelf evenmin een vereiste is: als de moeder toestemming geeft, kan elke man haar kind erkennen, behalve de incestpleger⁵³ (artikel 1:204 BW). In het algemeen geldt daarmee dat bij erkenning de grondslag van het juridisch vaderschap wordt gevormd door de wil van de man om de juridische verantwoordelijkheid voor het kind op zich te nemen en de toestemming van de moeder tot de erkenning van het kind door de man.

De genetische band gaat een rol spelen als de moeder geen toestemming wil geven voor de erkenning. De verschillende categorieën erkenners hebben in dat geval een verschillende positie die heeft te maken met de wijze waarop het kind ontstaat. De verwekker, die per definitie de genetische vader is, kan dan met behulp van vervangende toestemming van de rechter alsnog erkennen (artikel 1:204 lid 3 BW).⁵⁴ Datzelfde geldt voor de spermadonor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.⁵⁵ De spermadonor zonder die nauwe persoonlijke betrekking kan geen vervangende toestemming tot erkenning vragen.⁵⁶ Hier ab-

53 De vader (grootvader etc.), de broer of de eigen zoon (kleinzoon etc.) van de geboortemoeder kan een uit haar geboren kind niet erkennen.

54 HR 16 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0032, NJ 2001/571, m.nt. J. de Boer.

55 HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205, NJ 2003/386, m.nt. J. de Boer.

56 Hof 's-Hertogenbosch 21 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1845.

straheert het afstammingsrecht dus van de genetische betrekking tussen ouder en kind.

De verwekker wordt verondersteld met zijn daad van verwekking de verantwoordelijkheid voor het kind op zich te hebben genomen en krijgt in beginsel toestemming om die verantwoordelijkheid juridisch vorm te geven. Voor hem is de grondslag derhalve de verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de daad van de verwekking in combinatie met de uitgesproken intentie tot erkenning.

Eenzelfde combinatie van factoren speelt in feite voor de donor met een nauwe persoonlijke betrekking: niet het enkele afstaan van zijn sperma, maar ook het hebben van de intentie om de vaderrol op zich te nemen en de feitelijke contacten die hij met het kind heeft gehad, maken dat hij dezelfde positie heeft als de verwekker. Dat het daarbij niet (alleen) gaat om de genetische band die hij met het kind heeft, blijkt uit het feit dat de spermadonor zonder nauwe persoonlijke betrekking geen aanspraak kan maken op het vragen van vervangende toestemming tot erkenning. Maar ook de enkele intentie geeft niet eenzelfde positie bij het vestigen van het juridisch vaderschap: de man die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, heeft een zwakkere positie bij een verzoek om vervangende toestemming tot erkenning dan de verwekker of de spermadonor met een nauwe persoonlijke betrekking (vergelijk hiertoe lid 4 met lid 3 van artikel 1:204 BW: twee van elkaar verschillende criteria voor toewijzing van het verzoek om vervangende toestemming).

De verschillende categorieën 'vaders' spelen eveneens een rol bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap: het juridisch vaderschap van de verwekker (= genetische vader) kan gerechtelijk worden vastgesteld, ook als hij reeds is overleden (artikel 1:207 BW). De Hoge Raad heeft in een procedure over de onderhoudsverplichting van een spermadonor geoordeeld dat deze donor als de genetische vader wordt vermoed de verwekker te zijn, zodat zonder tegenbewijs hiervan artikel 1:394 BW geldt. In de lagere rechtspraak is ook wel geoordeeld dat de spermadonor in een procedure over gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt vermoed de verwekker te zijn.⁵⁷ Claimt een man dat sprake is

geweest van kunstmatige bevruchting, zodat hij geen verwekker, maar ‘slechts’ spermadonor is, dan wordt van die stelling de bewijslast bij hem gelegd.⁵⁸ De man wordt verantwoordelijk gehouden voor de gevolgen van zijn verwekkingsdaad: er ontstaat een kind. De verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de verwekkingsdaad, vormt daarmee de grondslag voor het ouderschap.

Niet alleen het juridisch vaderschap van de verwekker kan gerechtelijk worden vastgesteld, maar ook dat van de instemmende levensgezel: de man die toestemming heeft gegeven tot een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.⁵⁹ Ook ten aanzien van dit punt geldt dat het afstammingsrecht abstraheert van de genetische verwantschap en het juridisch ouderschap legt bij degene die de intentie had een kind te doen ontstaan en daarvoor verantwoordelijk wordt gehouden.

Samenvattend:

De grondslag voor het ontstaan van het juridisch vaderschap is primair het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de ouders en de daarmee (veronderstelde) verantwoordelijkheid voor het ontstaan van het kind. Secundair is de grondslag de verantwoordelijkheid voor het kind, zoals die voortvloeit uit een verwekkingsdaad of uit de gebleken intentie op het ontstaan van het kind, dan wel het ontstaan van de ouderschapsband.

Tenietgaan juridisch vaderschap

Voor het tenietgaan van het juridisch vaderschap geldt hetzelfde als voor het tenietgaan van het juridisch moederschap van de duomoeder: als de juridische vader niet de genetische vader van het kind is, kunnen hijzelf en de moeder onder bepaalde voorwaarden het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane vaderschap ontkennen c.q. de erkenning doen vernietigen (artikelen 1:200 en 205 BW). Voor het kind geldt dat dit het juridisch ouderschap van de niet-genetische ouder kan laten tenietgaan, ongeacht de intentie van de ouders.

58 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2250, NJ 2009/388, m.nt. S.F.M. Wortmann; Rb. Den Haag 28 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11244.

59 Doorgaans wordt hiermee bedoeld op de kunstmatige bevruchting, maar het omvat ook de situatie waarin het kind is verwekt bij de moeder die zich voor de vader prostitueert; zie HR 7 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0444, NJ 2003/358, m.nt. S.F.M. Wortmann.

Samenvattend:

De grondslag voor het tenietgaan van juridisch vaderschap is het ontbreken van genetisch ouderschap, met dien verstande dat wie de intentie had om juridisch vader te worden daarmee verantwoordelijkheid voor het kind op zich heeft genomen en daaraan wordt gehouden.

6.4 MEEROUDERSCHAP IN ANDERE LANDEN, EEN BLIK OVER DE GRENS

6.4.1 INLEIDING

In het voorgaande is het meerouderschap niet aan de orde geweest, omdat dit in Nederland niet bestaat. Aan de Staatscommissie is echter onder meer gevraagd het wettelijk uitgangspunt dat een kind niet meer dan twee juridische ouders kan hebben, nader te bezien. In dat verband heeft in opdracht van de Staatscommissie de onderzoeksgroep Persoon & Vermogen van de Universiteit Antwerpen een ‘quickscan’ gemaakt van regelingen over meerouderschap (en meeroudergezag) die in verschillende andere landen bestaan.⁶⁰ De Canadese provincie British Columbia kent als enige ter wereld een uitgewerkte regeling over intentioneel meerouderschap. Naar aanleiding van vragen die de Staatscommissie hierover had, heeft een onderzoeker van de Universiteit Leiden ter plaatse onderzoek verricht en in kaart gebracht hoe de regeling er precies uitziet en welke gevolgen hieraan op andere terreinen, zoals gezag, naamrecht etc., zijn verbonden.⁶¹ Beide onderzoeken worden gelijktijdig met de aanbieding van het rapport van de Staatscommissie openbaar gemaakt via de website van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Om een inkijkje te geven in het vraagstuk hoe over de Nederlandse grens wordt omgegaan met de juridische vormgeving van ouderschap in gezinnen waarin meer dan twee volwassenen een ouderrol hebben, worden in het navolgende de belangrijkste bevindingen van genoemde onderzoeken kort weergegeven. Uit de onderzoeken blijkt dat de juridische moeder van een kind vrijwel overal de vrouw is uit wie het kind wordt geboren. Dat is soms alleen anders in geval van draagmoederschap. In sommige landen, bijvoorbeeld Frankrijk, is het mogelijk om anoniem te bevallen (artikel 326 Franse

60

Sikorska, Kruger & Swennen 2015.

61

Vonk 2015.

Code Civil). In dat geval krijgt het kind bij zijn geboorte geen juridische moeder.⁶² In enkele landen komt automatisch het moederschap van een tweede moeder tot stand als deze met de geboortemoeder is getrouwd of een geregistreerd partnerschap heeft. Dat is bijvoorbeeld het geval in België (artikel 325 lid 2 Belgisch BW) en in Engeland (section 42 en 48(6) (b) Human Fertilisation and Embryology Act 2008). België kent net als Nederland de mogelijkheid voor duomoeders om een kind te erkennen (artikel 313 Belgisch BW). Tot slot is adoptie een manier om het juridisch moederschap te verkrijgen en is dat in sommige landen ook mogelijk in geval van duomoederschap, zoals in Frankrijk. Andere landen kennen de rechtsfiguur adoptie helemaal niet, met name landen met op de islam gebaseerde rechtssystemen.⁶³

Ook vaderschap ontstaat veelal van rechtswege als de geboortemoeder op het tijdstip van de geboorte van het kind is getrouwd of een geregistreerd partnerschap heeft met een man. Gangbaar zijn de mogelijkheden van erkenning, gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en adoptie. Voor adoptie door een man geldt hetzelfde als hiervoor opgemerkt dat niet alle landen de rechtsfiguur adoptie kennen.

6.4.2 EUROPESE UNIE

In geen enkele lidstaat van de Europese Unie is ten tijde van het verschijnen van het rapport van de Staatscommissie meerouderschap mogelijk als gevolg van afstamming. Een kind kan bij de geboorte maximaal twee juridische ouders hebben.⁶⁴ Wel kennen sommige landen, zoals België, Frankrijk en Luxemburg, naast de sterke of volle adoptie ook de zwakke

62 Het EHRM heeft beslist dat staten enige mate van vrijheid hebben om het privéleven van hun onderdanen te beschermen en de persoonsidentificerende gegevens van de geboortemoeder geheim mogen houden voor het uit haar geboren kind; zie EHRM 13 februari 2003, 42326/98 (*Odièvre/Frankrijk*).

63 In die landen kent men wel de 'kafala', zijnde de overdracht van de zorg voor een kind aan iemand anders dan de ouders. 'Kafala' verbreekt niet de familierechtelijke betrekking tussen het kind en de ouders en vestigt evenmin een familierechtelijke betrekking met de verzorgers/opvoeders. In Nederland wordt een 'kafala'-beslissing van een buitenlandse rechter in het algemeen erkend als een gezagsvoorziening (voogdij). Als aan de voorwaarden wordt voldaan, kan de Nederlandse rechter de adoptie van het kind uitspreken. In België oordeelde de rechter dat het in het belang van het kind was dat, ook al werd het in België verzorgd en opgevoed door de *kafils* ('kafala'-ouders), geen adoptie werd uitgesproken, opdat de familierechtelijke betrekking tussen ouders en kind in stand kon blijven. Het EHRM oordeelde dat deze beslissing niet in strijd was met artikel 8 EVRM; zie EHRM 16 december 2014, 52265/10 (*Chbihi Loudoudi e.a./België*).

64 Opmerkelijk is en genoemd wordt in het onderzoek van Sikorska, Kruger & Swennen 2015 (p. 22) dat in België meerdere personen een kind kunnen erkennen, maar dat alleen de eerste erkenning gevolg heeft zolang deze niet is vernietigd. Volgende erkenningen blijven zonder uitwerking en hebben daarmee geen enkel rechtsgevolg, behalve dat ervan akte wordt genomen.

adoptie. Een zwakke adoptie komt in verschillende vormen voor en heeft vaak minder rechtsgevolgen dan een volle of sterke adoptie. Kenmerkend van de zwakke adoptie is dat de familierechtelijke betrekking met de familie en soms ook met de oorspronkelijke ouder, naast de nieuw gevestigde familierechtelijke betrekking met de adoptiefouders en hun familie, blijft bestaan.⁶⁵ In dat geval kan een kind dus meer dan twee juridische ouders hebben. Beide ‘soorten’ ouderschappen – het oorspronkelijke ouderschap en het ouderschap dat als gevolg van de zwakke adoptie is ontstaan – hebben evenwel niet dezelfde rechtsgevolgen. In België bijvoorbeeld geldt dat het kind de naam van de adoptiefouder krijgt, maar op verzoek van de adoptiefouders kan de rechter bepalen dat het kind een deel van zijn oorspronkelijke naam behoudt, naast die van de adoptiefouder (artikel 353-1 Belgisch BW). In geval van meerderjarigen-adoptie kan de geadopteerde zijn oorspronkelijke naam in zijn geheel behouden (artikel 353-3 Belgisch BW). De adoptiefouder krijgt het gezag over het kind. Overlijdt de adoptiefouder, dan herleeft niet het gezag van de oorspronkelijke ouders, maar wordt in de voogdij voorzien. De oorspronkelijke ouders kunnen de rechter echter wel vragen het gezag terug te krijgen (artikelen 252-9 en 353-10 Belgisch BW). Verder krijgt het kind erfrechtelijke aanspraken jegens de adoptiefouder en is deze ook onderhoudsplichtig in geval van behoeftigheid van het kind. Maar het kind blijft onderhoudsplichtig jegens zijn oorspronkelijke ouders en de oorspronkelijke ouders zijn op hun beurt onderhoudsplichtig jegens het kind als het geen levensonderhoud van zijn adoptiefouders kan verkrijgen (artikel 253-14 Belgisch BW). In Frankrijk en België wordt discussie gevoerd over de wenselijkheid van de invoering van meerouderschap.⁶⁶

6.4.3 BUITEN DE EUROPESE UNIE

In enkele staten van de Verenigde Staten bestaat een mogelijkheid van meerouderschap in bepaalde vormen. In een enkele staat biedt wetgeving daarvoor de grondslag of kent men een vorm van adoptie waarbij de afstammingsband met de oorspronkelijke ouder niet wordt verbroken (Californië). In andere staten is meerouderschap vanuit het belang van het kind wel eens toegewezen door de rechter, zonder wettelijke grondslag (Pennsylvania), of bestaat er een soort afgeleide vorm van ouderschap (*dual paternity* in Louisiana en *de facto parent* in Delaware).⁶⁷ In

65 Schmidt 1996.

66 Zie Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 38.

67 Zie Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 30-32 en 11-13.

Australië en Nieuw-Zeeland bestaat meerouderschap nog niet, maar wordt de invoering ervan wel serieus overwogen.⁶⁸

In British Columbia biedt de *Family Law Act* sinds 18 maart 2013 de mogelijkheid om in geval van kunstmatige voortplanting juridisch ouderschap van meerdere personen te creëren naast het ouderschap van de geboortemoeder. Hiervoor is vereist dat vóór de conceptie een schriftelijke overeenkomst wordt gemaakt. De overeenkomst leidt er dan toe dat alle betrokkenen juridisch ouder van het kind worden, tenzij een van hen zich vóór de geboorte terugtrekt of overlijdt. In dat geval is de overeenkomst niet langer geldig.⁶⁹ Er geldt wel een restrictie: naast de geboortemoeder en haar partner kunnen alleen de leveranciers van de gameten (zaad- en eiceldonor) juridisch ouder worden. Als de geboortemoeder als draagmoeder fungeert, kan de overeenkomst worden gesloten met een of twee wensouders, maar deze moeten dan wel met elkaar zijn getrouwd of een op het huwelijk lijkende betrekking met elkaar hebben. Een drie- of vierouderschap is dus niet mogelijk van een geboortemoeder met twee personen die niet elkaars levensgezel zijn. Twee stellen van gelijk geslacht kunnen evenmin met zijn vieren de juridische ouder van het kind worden. De geboortemoeder en haar partner kunnen immers de juridische ouder worden en naast hen kan dan de eicel- of zaaddonor juridisch ouder worden. De partner van de eicel- of zaaddonor valt echter buiten de boot waar het de verkrijging van juridisch ouderschap betreft.⁷⁰ Omdat de regeling van het meerouderschap in British Columbia is gebaseerd op intentie, bevat de wetgeving geen regelingen om het overeengekomen ouderschap weer ongedaan te maken.⁷¹

In Argentinië tot slot bestaat geen wettelijke regeling van meerouderschap, maar kan de rechter feitelijk meerouderschap creëren met de verschillende adoptievormen (sterke of volle adoptie, zoals Nederland kent, of zwakke adoptie of stiefouderadoptie) die het land kent, en kan de rechter in geval van een heradoptie bepalen dat bepaalde familie-rechtelijke betrekkingen van de vorige adoptie in stand blijven.⁷²

68 Zie Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 39.

69 Vonk 2015, p. 14 en 15.

70 Vonk 2015, p. 16.

71 Vonk 2015, p. 18.

72 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 36.

6.5 BEVINDINGEN

6.5.1 INLEIDING

In het navolgende rapporteert de Staatscommissie enkele bevindingen inzake aspecten van het afstammingsrecht die in de (rechts)praktijk worden ervaren. Het ouderschap in geval van draagmoederschap komt in dit hoofdstuk niet aan de orde. Dat wordt behandeld in Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland. De aspecten van internationaal privaatrecht worden in dit hoofdstuk evenmin behandeld. Op dat onderdeel wordt ingegaan in Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief.

Aanbevelingen over het al dan niet wijzigen van de wetgeving worden besproken in Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie.

6.5.2 MAXIMAAL TWEE OUDERS

Op grond van de huidige wetgeving kan een kind niet meer dan twee juridische ouders hebben. De moeder uit wie het kind wordt geboren, is altijd de juridische moeder en dit betekent dat er naast de geboortemoeder nog één ouderschapsplaats vacant is. Die kan van rechtswege worden ingenomen door de echtgenoot of echtgenote dan wel geregistreerde partner van de moeder of door de persoon die heeft erkend, degene wiens ouderschap gerechtelijk is vastgesteld, of de adoptant.

Als een kind wordt geboren in een gezin met één volwassene of een gezin met twee volwassenen, kan deze sociale werkelijkheid in beginsel juridisch worden vormgegeven: het kind krijgt in elk geval van rechtswege één ouder. De positie van de tweede ouder ontstaat eveneens van rechtswege of kan door een aparte handeling juridisch worden vormgegeven. Het kind wordt onderdeel van de familie van beide juridische ouders. De positie van de twee juridische ouders is gelijkwaardig, zowel in de verhouding tot het kind als in de verhouding tot elkaar.⁷³ Als juridische ouders hebben zij een pakket rechten en plichten jegens het kind. Wordt

73

Gelijkwaardig betekent echter niet dat hun positie precies hetzelfde is. Zo geeft, als de juridische ouders met elkaar zijn gehuwd, de stem van de juridische vader of de duomoeder de doorslag bij het bepalen van de geslachtsnaam van het kind (artikel 1:5 lid 5 in verbinding met lid 13 BW). Zijn de ouders niet met elkaar gehuwd, dan geeft de stem van de geboortemoeder de doorslag. Ook bij het gezag kan de positie van de ouders verschillen: de geboortemoeder is in beginsel vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind van rechtswege belast met het gezag, terwijl voor het antwoord op de vraag of de andere juridische ouder ook direct gezag over het kind heeft, bepalend is of de ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben.

een kind geboren in een situatie waarin meer dan twee volwassenen de rol van (sociaal) ouder op zich nemen, dan moeten de volwassenen met elkaar uitmaken wie naast de geboortemoeder de eventuele tweede juridische ouder van het kind zal zijn. De relatie tussen het kind en een volwassene die het kind verzorgt en opvoedt, maar niet zijn juridische ouder is, wordt niet op dezelfde wijze beschermd als de relatie tussen een kind en een juridische ouder. Het kind wordt geen onderdeel van de familie van die volwassene en er is bijvoorbeeld geen sprake van een onderhoudsverplichting of erfrechtelijke positie.

Ook in andere gevallen kan een kind onder omstandigheden aanlopen tegen de onmogelijkheid dat meer dan twee personen de juridische ouders zijn. Dit kan het geval zijn als het kind het wenselijk acht om naast zijn juridische ouders een band te vestigen met een genetische ouder die niet een juridische ouder is.

Samenvattend en betekenis:

Een kind kan in Nederland maximaal twee juridische ouders hebben.

Dit betekent voor kind en ouder(s): Een kind kan meer dan twee personen als zijn feitelijke ouders ervaren en meer dan twee personen kunnen zich de ouder van een kind voelen; de verkrijging van een juridische bevestiging hiervan (de vestiging van familierechtelijke betrekkingen tussen een kind en meer dan twee ouders) is noch voor het kind, noch voor de volwassenen onder het huidige recht mogelijk.

6.5.3 ERKENNING

Is er sprake van een informele relatie tussen de moeder en de verwekker of is er helemaal geen relatie, dan is erkenning of gerechtelijke vaststelling van het ouderschap noodzakelijk om een familierechtelijke betrekking te vestigen tussen de verwekker en het kind. Grofweg zijn er drie situaties te onderscheiden:

- de verwekker is een min of meer los contact van de moeder;
- de verwekker is haar levensgezel, maar zij woont niet met hem samen;

- de verwekker is haar levensgezel en zij woont ook met hem samen.

Om een kind te kunnen erkennen, moet de erkenner de schriftelijke toestemming hebben van de geboortemoeder (of – sinds 1 april 2014 – van de juridische vader op grond van artikel 1:204 lid 1 onder c slot BW).⁷⁴ Wil of kan zij de toestemming niet geven, dan kan vervangende toestemming worden gevraagd aan de rechter. Deze bevoegdheid komt toe aan de verwekker, de genetische vader die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat,⁷⁵ en aan de instemmende levensgezel.⁷⁶ Is de persoon die het kind wil erkennen en daartoe een verzoek indient bij de rechter, wél de genetische ouder (sperma- of eiceldonor), maar zijn er geen of onvoldoende bijzondere omstandigheden die leiden tot de vaststelling dat betrokkene in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, dan verklaart de rechter de verzoeker niet-ontvankelijk.⁷⁷

Indien positief wordt beslist over de ontvankelijkheidsvraag, wordt het verzoek tot vervangende toestemming inhoudelijk beoordeeld. Is het verzoek afkomstig van een verwekker of een genetische ouder die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, dan wordt het in principe toegewezen, tenzij door de erkenning de ontwikkeling van het kind in het gedrang komt of dit de belangen schaadt van de moeder bij haar ongestoorde verhouding met het kind (artikel 1:204 lid 3 BW). De veelheid aan jurisprudentie over dit leerstuk is zeer casuïstisch van aard. Uitgangspunt van de wetgever is dat een kind en zijn verwekker er rechtens belang bij hebben dat tussen hen familierechtelijke betrekkingen kunnen

74 Is het kind twaalf jaar of ouder, dan moet het zelf ook toestemming geven; is het kind zestien jaar of ouder, dan is de toestemming van de moeder niet langer vereist (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder c en d BW).

75 Hierbij moet met name worden gedacht aan de man die sperma heeft geleverd voor de totstandkoming van de zwangerschap, met behulp van zelfinseminatie of IVF, waarna het kind binnen de relatie van de geboortemoeder en de man wordt geboren. Denkbaar is dat ook een 'klassieke' spermadonor (waarbij dus geen sprake is van een bijzondere bevruchtingswijze *binnen* de affectieve relatie van de man en de vrouw), die volgens afspraak een rol in het leven van het kind speelt, doch niet in gezinsverband met het kind woont, een nauwe persoonlijke betrekking kan opbouwen en daarmee ontvankelijk is in een eventueel verzoek tot vervangende toestemming voor erkenning. Een dergelijke feitenconstellatie zal zich met name kunnen voordoen in geval van een alleenstaande vrouw die een kind krijgt van een bekende donor, die gedurende enige tijd een vorm van vaderrol in het leven van het kind speelt, maar met wie de moeder vervolgens in conflict raakt. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin een kind wordt geboren binnen de relatie van twee vrouwen, waarbij alleen de geboortemoeder als moeder op de geboorteakte is vermeld; zie HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205, NJ 2003/386, m.nt. J. de Boer.

76 De instemmende levensgezel is de persoon die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Doorgaans wordt hiermee bedoeld op kunstmatige inseminatie en/of bevruchting.

77 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1478.

worden gevestigd. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat er in ieder geval sprake moet zijn van (ernstige) contra-indicaties om een verzoek tot vervangende toestemming af te wijzen.⁷⁸

Het komt voor dat een moeder toestemming geeft aan een andere persoon dan de genetische vader van het kind om het kind te erkennen. De verwekker heeft op grond van de wet dan geen mogelijkheid om het kind alsnog zelf te erkennen. Het heeft dan immers reeds twee ouders en de verwekker behoort niet tot de kring van personen die de rechter kunnen verzoeken een erkenning ongedaan te maken (zie immers artikel 1:205 lid 1 BW). Maar de Hoge Raad heeft beslist dat, als de verwekker aan de moeder schriftelijk heeft kenbaar gemaakt dat hij zelf het kind wil erkennen of als hij reeds een verzoek om vervangende toestemming voor de erkenning heeft ingediend, de moeder slechts voorwaardelijk toestemming voor erkenning aan een ander kan geven. Die eerder gegeven toestemming tot erkenning door een ander dan de verwekker heeft alleen gevolg als een tijdig verzoek van de verwekker tot vervangende toestemming definitief wordt geweigerd. Wordt de vervangende toestemming wél verleend, dan is de eerdere erkenning door de niet-verwekker nietig.⁷⁹ Ook als de moeder toestemming voor de erkenning gaf aan een ander omdat de verwekker geen aanstalten maakte om zijn kind te erkennen, kan de rechter beslissen dat die erkenning nietig is, omdat de moeder bij het geven van toestemming voor de erkenning aan een ander misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. Van dit laatste is sprake als de moeder toestemming voor de erkenning geeft aan een ander dan

78 Zie ook Schrama 2015. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin die ernstige contra-indicaties zich voordeden: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9126.
 79 HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0745, *NJ* 2002/470, m.nt. J. de Boer; HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196, *NJ* 2015/455, m.nt. S.F.M. Wortmann; HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3244 en HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:851.

de verwekker met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (zie ook artikel 3:15 in verbinding met artikel 3:13 lid 2 BW).⁸⁰

In de praktijk worden buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen niet altijd erkend. Dat zal soms bewust gebeuren, bijvoorbeeld omdat de moeder weigert toestemming te verlenen of omdat de verwekker geen verantwoordelijkheid voor het kind wil nemen. De erkenning zal echter ook achterwege kunnen blijven uit onwetendheid en/of desinteresse. Het kind dat niet wordt erkend, heeft dan niet – zoals het tijdens huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind – twee juridische ouders, maar slechts één juridische ouder. Het achterwege blijven van de erkenning is niet altijd in het belang van het kind. De juridische ouderschapsband biedt immers belangrijke waarborgen voor een ongestoorde relatie tussen ouder en kind. Bovendien hebben juridische ouders onderhoudsverplichtingen die van belang kunnen zijn voor de ontwikkelingsmogelijkheden van het kind, en is het kind erfgenaam van beide juridische ouders (en kunnen omgekeerd beide juridische ouders erven van hun kind).

Samenvattend en betekenis:

Als een kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren, heeft het de geboortemoeder als juridische ouder. Het kind kan met de rechtsfiguur erkenning een tweede juridische ouder krijgen. Dat gebeurt niet altijd. Soms wordt de erkenning nagelaten uit onwetendheid en soms omdat de geboortemoeder geen toestemming wil geven, bijvoorbeeld omdat de relatie met de verwekker intussen is verbroken. De verwekker kan aan de rechter vragen

80 HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248, m.nt. J. de Boer: afhankelijk van het antwoord op de vraag waarom de verwekker geen actie heeft ondernomen om kenbaar te maken dat hij het kind wilde erkennen, heeft de Hoge Raad twee maatstaven geformuleerd: de verwekker kan in een situatie waarin hij vervangende toestemming tot erkenning heeft kunnen vragen, maar zulks heeft nagelaten, met een beroep op misbruik van bevoegdheid de met toestemming van de moeder gedane erkenning van het kind aantasten indien door de moeder toestemming tot erkenning door de niet-verwekker is gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (strikte maatstaf); in gevallen waarin de verwekker niet of niet tijdig om vervangende toestemming heeft kunnen vragen, bijvoorbeeld omdat hem niet bekend was dat hij de verwekker van het betrokken kind is, is de maatstaf: of de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind –, in redelijkheid tot het verlenen van toestemming aan de andere man heeft kunnen komen (minder strikte maatstaf).

hem vervangende toestemming te geven om het kind alsnog te erkennen. Maar soms wil de nieuwe partner van de geboortemoeder het kind erkennen om het samen met de geboortemoeder te gaan verzorgen en opvoeden. Als de volwassenen het samen eens zijn over het antwoord op de vraag wie het beste het juridisch ouderschap op zich kan nemen, kunnen zij dit zelf regelen. In geval van onenigheid kan de rechter worden gevraagd een beslissing te nemen. De wet geeft de verwekker een voorkeurspositie boven een andere persoon die het kind wil erkennen.

Dit betekent voor het kind: een kind heeft niet altijd de persoon met wie hij genetisch verwant is of die hij als ouder beschouwt, ook als juridische ouder op zijn geboorteakte staan.

Dit betekent voor de ouder(s): de verwekker van een kind of de persoon die de juridische ouder van het kind wil zijn, kan niet altijd het juridisch ouderschap verkrijgen.

6.5.4 GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP

De rechter kan op verzoek van het kind of van de moeder het vaderschap vaststellen van de verwekker of van de ‘instemmende levensgezel’. De achterliggende gedachte van deze in 1998 in het BW opgenomen rechtsfiguur is dat, als de verwekker het kind niet wil, kan of heeft kunnen erkennen, maar het kind of de moeder graag wil dat tussen de verwekker en het kind familierechtelijke betrekkingen ontstaan, de rechter hiervoor kan zorgen. De gerechtelijke vaststelling is daarmee feitelijk de tegenhanger van de vervangende toestemming tot erkenning, zij het dat de gerechtelijke vaststelling terugwerkt tot de geboorte en de erkenning pas werkt vanaf het tijdstip van erkenning, dat geruime tijd na de geboorte kan liggen (vergelijk artikel 1:207 lid 5 eerste volzin BW met artikel 1:203 lid 2 BW). Als het vaderschap van de instemmende levensgezel is vastgesteld, heeft het kind naast zijn twee juridische ouders nog een genetische vader. Met die genetische vader kan alleen nog eventueel een familierechtelijke betrekking worden gevestigd door adoptie en daarbij wordt de juridische band met de instemmende levensgezel weer doorsneden. Een adoptieverzoek kan alleen worden ingediend in de periode waarin het kind nog minderjarig is. Nadat de meerderjarigheid is bereikt, is het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met de genetische vader in deze situatie dus geheel uitgesloten. Dit punt zou ook kunnen

worden gezien als iets dat samenhangt met de onmogelijkheid om meer dan twee juridische ouders te hebben (zie ook par. 6.5.6).

Als het juridisch vaderschap van de instemmende levensgezel door de rechter is vastgesteld, heeft het kind twee juridische ouders. Het is dan niet langer mogelijk dat familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en een eventuele tweede genetische ouder worden gevestigd.

Samenvattend en betekenis:

Als het kind naast zijn geboortemoeder en de persoon wiens ouderschap gerechtelijk is vastgesteld, genetisch verwant is met een andere persoon, kan tussen deze persoon en het kind geen familierechtelijke betrekking worden gevestigd, behalve eventueel door adoptie.

Dit betekent voor het kind: het kind kan niet altijd de twee personen met wie hij genetisch verwant is, als ouder op zijn geboorteakte vermeld krijgen.

Dit betekent voor de ouder(s): personen die een genetische band met een kind hebben, worden niet altijd als juridische ouders op de geboorteakte van het kind vermeld.

6.5.5 INCESTUEUZE VERWEKKING

Als een kind incestueus wordt verwekt, ontstaan geen familierechtelijke betrekkingen tussen de genetische vader en het kind, noch van rechtswege, noch door erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of tweepersoonsadoptie (artikelen 1:204 lid 1 aanhef en onder a, 207 lid 2 aanhef en onder b en 227 lid 1 tweede volzin BW). Een eenpersoonsadoptie door de verwekker zal niet in het kennelijk belang van het kind zijn (artikel 1:227 lid 3 BW). Van incestueuze verwekking is bijvoorbeeld sprake als een vader een kind verwekt bij zijn dochter, een grootvader bij zijn kleindochter of een broer bij zijn zus. Dat heeft onder meer tot gevolg dat het kind geen wettelijk erfgenaam is van zijn genetische vader, zijn naam niet kan dragen, niet onder zijn gezag staat of zijn nationaliteit verkrijgt. Wel kan de verwekker onder omstandigheden een onderhoudsverplichting jegens het kind hebben (artikel 1:394 BW). Incestueuze verwekking gaat vaak gepaard met geheimhouding. Dit betekent voor het kind dat het wellicht moeilijk zal zijn de identiteit van zijn verwekker te achterhalen. Anderzijds beschermt de onmogelijkheid om familierechtelijke

betrekkingen te laten ontstaan het kind tegen voortdurende confrontatie met de ontstaanswijze.

Samenvattend en betekenis:

De mogelijkheden die het huidige afstammingsrecht biedt voor de vestiging van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn genetische ouders, vinden hun grens in het geval van een incestueus verwekt kind: vestiging van een familierechtelijke betrekking met de incestpleger is niet mogelijk.

Dit betekent voor het kind: dit kan ertoe leiden dat de identiteit van de man die het kind heeft verwekt, voor het kind geheim blijft.

Dit betekent voor de volwassenen: de wet biedt volwassenen de ruimte om de ontstaansgeschiedenis van een incestueus verwekt kind geheim te houden.

6.5.6 ONGEDAANMAKING VAN JURIDISCH OUDERSCHAP

Er zijn twee vormen van ongedaanmaking van juridisch ouderschap:

- de ontkenning van het ouderschap dat van rechtswege is ontstaan, omdat het kind binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de ouders is geboren;
- de vernietiging van de erkenning.

De wet biedt geen mogelijkheden om een door de rechter vastgesteld vaderschap ongedaan te maken, behalve de algemene mogelijkheid van herroeping van de beschikking op de voet van artikel 382 Rv (door de wederpartij gepleegd bedrog of op basis van valse stukken).⁸¹ De termijn waarbinnen het verzoek moet worden gedaan, is drie maanden nadat de grond voor herroeping is ontstaan. Dit betekent bijvoorbeeld dat, als het DNA-bewijs op grond waarvan het vaderschap is vastgesteld, is vervalst of de wederpartij bij het (laten) afnemen van DNA-materiaal bedrog heeft gepleegd, de beschikking kan worden herroepen. Veel lastiger zal dit evenwel zijn als de rechter het vaderschap op basis van iets anders dan DNA-bewijs heeft vastgesteld. De wet eist immers niet dat er

DNA-bewijs wordt geleverd en dat is ook niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld omdat betrokkene is overleden en gecremeerd of niet wil meewerken aan het leveren van DNA-bewijs (ondanks rechterlijk bevel daartoe). In het laatste geval kan de rechter op grond van artikel 198 lid 3 Rv de gevolgtrekking maken die hem geraden voorkomt.⁸² In de praktijk wordt in dit soort gevallen vaderschap ook wel vastgesteld nadat aan de hand van brieven, foto's e.d. de verwantschap aannemelijk is gemaakt.

Een door de rechter vastgesteld ouderschap staat in principe vast, ook als op een later tijdstip blijkt dat de vaststelling ten onrechte is gedaan of als het de vaststelling van het juridisch ouderschap van de instemmende levensgezel of levensgezellin betreft. In principe is het namelijk niet mogelijk om een rechterlijke beslissing die gezag van gewijsde⁸³ heeft verkregen, aan te tasten.⁸⁴ Met name in de situatie waarin de biologische vader gereed staat om het kind te erkennen, klemmt het dat de wet voor deze situatie geen oplossing biedt. Hooguit kan, mits het kind nog minderjarig is, adoptie een alternatief zijn.

Voor de situaties waarin het juridisch ouderschap wél kan worden ongedaan gemaakt, geldt het volgende. Als de vader of moeder de procedure tot ontkenning van het ouderschap in eigen naam voert, wordt het belang van het kind niet getoetst (artikelen 1:200 en 202a BW).

Als het kind zelf het ouderschap wil ontkennen, wordt het in de procedure vertegenwoordigd door een bijzondere curator (artikel 1:212 BW) en niet door zijn wettelijk vertegenwoordiger.⁸⁵ Een bijzondere curator kan ook optreden voor een nog jong kind, dat feitelijk nog niet zelf kan beslissen over het al dan niet willen voeren van een ontkenningprocedure.⁸⁶ Maar er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin het belang van een heel jong kind meebrengt dat over de ontkenning van

82 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 3 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0123: naar het oordeel van het hof heeft de vrouw aan de hand van de door haar overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting haar stelling dat de man de verwekker van de minderjarige is, voldoende onderbouwd. De man daarentegen heeft de stellingen van de vrouw onvoldoende gemotiveerd betwist en bovendien niet meegewerkt aan het door het hof noodzakelijke geoordeelde DNA-onderzoek. Het hof zal op grond van deze feiten en omstandigheden de man aanmerken als verwekker van de minderjarige.

83 Gezag van gewijsde betekent dat een rechterlijke uitspraak bindende kracht heeft verkregen.

84 Behalve de hiervoor genoemde algemene mogelijkheid van herroeping van de beschikking op de voet van artikel 382 Rv.

85 Hof Den Haag 22 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3723.

86 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, NJ 2004/315, m.nt. J. de Boer.

het ouderschap niet wordt beslist voordat het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen. De bijzondere curator moet zelf toetsen of het belang van het kind is gediend met het al dan niet ontkennen van het ouderschap en met de mogelijkheid dat het vervolgens door bijvoorbeeld de genetische vader wordt erkend. Ook de rechter dient bij zijn beslissing het belang van het kind centraal te stellen. Als de ouders vanwege de wettelijke beperkingen geen verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap kunnen doen, kunnen zij mogelijk via de benoeming van een bijzondere curator toch bewerkstelligen dat de juridische en de biologische werkelijkheid met elkaar in overeenstemming worden gebracht. Maar in afwijking van de beoordeling van een verzoek dat door de ouders of één van hen zelf is ingediend, wordt het belang van het kind in dat geval dus uitdrukkelijk meegewogen.

Vernietiging van de erkenning kan worden verzocht door de geboortemoeder, de erkenner en door het kind, tenzij de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden (artikelen 1:205 en 205a BW). Is het kind erkend terwijl het al meerderjarig was, dan biedt de regeling in Boek 1 BW geen mogelijkheid de erkenning te vernietigen. De wetgever heeft voor deze situatie geen rekening gehouden met mogelijke bedreiging, bedrog, dwaling of misbruik van omstandigheden. Aangenomen mag echter worden dat, waar de regeling in Boek 1 BW in dit geval niet voorziet in ongedaanmaking van juridisch ouderschap, de algemene regeling uit Boek 3 BW van toepassing zal kunnen zijn (zie ook de schakelbepaling van artikel 3:59 in verbinding met de wilsgebreken van artikel 3:44 BW).⁸⁷

Als het juridisch ouderschap van een niet-genetische ouder gerechtelijk is vastgesteld (namelijk dat van de instemmende levensgezel), kan het kind dit niet meer ongedaan maken. Dit heeft tot gevolg dat het evenmin mogelijk is om alsnog een familierechtelijke betrekking te vestigen met een genetische ouder met wie nog geen familierechtelijke betrekking bestaat. Gedurende de periode waarin het kind minderjarig is, kan adoptie mogelijk nog uitkomst bieden. Vindt het kind zijn genetische ouder op

87

Zie ook *Kamerstukken II 1997/98*, 24649, 11d, p. 6, waarin de regering antwoordt dat ook analogische toepassing van artikel 6:228 BW niet wordt uitgesloten ten aanzien van het meerderjarige kind.

latere leeftijd en wenst het de juridische realiteit in overeenstemming te brengen met de genetische realiteit, dan is dat niet mogelijk.⁸⁸

De procedures tot ontkenning van het juridisch ouderschap en tot vernietiging van de erkenning zijn aan strikte termijnen gebonden.⁸⁹ In de praktijk komt het zo nu en dan voor dat de in de wet bepaalde termijnen zijn overschreden, maar dat toch een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning wordt ingediend.⁹⁰ De Hoge Raad overwoog in 1993 reeds dat weliswaar het binden van de rechtsvordering tot ontkenning aan de in de wet gestelde termijn een inmenging betekent in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM, maar dat de wetgever het stellen van die termijn redelijkerwijs kon aanmerken als in een democratische samenleving noodzakelijk teneinde de

88 Zie ook Van Raak-Kuiper 2007, p. 184, die voorstelt de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de instemmende levensgezel te laten vervallen.

89 Het verzoek tot ontkenning van het juridisch ouderschap moet door de geboortemoeder of de duomoeder worden ingediend binnen een jaar na de geboorte van het kind (artikelen 1:200 lid 5 en 202a lid 3 BW). Voor de vader geldt eveneens een termijn van een jaar, maar dan te rekenen vanaf het tijdstip waarop hij heeft ontdekt dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is (artikel 1:200 lid 5 BW). Een duomoeder is doorgaans niet de biologische moeder en de wetgever gaat er kennelijk van uit dat beide moeders dat ook weten. De duomoeder is immers wél de biologische moeder als zij het genetisch materiaal heeft geleverd waarmee de zwangerschap is ontstaan (eiceldonatie). In dat geval kan haar juridisch moederschap niet worden ontkend. Ook voor de vernietiging van de erkenning geldt voor de geboortemoeder en de erkenner een termijn van een jaar, te rekenen vanaf het tijdstip waarop het bedrog of de dwaling is ontdekt of de invloed van de bedreiging of misbruik van omstandigheden heeft opgehouden te werken (artikelen 1:205 en 205a BW). Een door het kind ingediend verzoek dient te worden gedaan binnen drie jaar nadat het bekend is geworden met het feit dat de juridische vader vermoedelijk niet zijn biologische vader is (artikel 1:200 lid 6 BW). Valt dat tijdstip in de periode waarin het kind nog minderjarig is, dan heeft het nog de tijd om het verzoek te doen tot drie jaren na het bereiken van de meerderjarigheid. Voor de ontkenning van het duomoederschap geldt dat kennelijk wordt verondersteld dat het kind weet dat de duomoeder niet zijn biologische moeder is en kan het verzoek worden gedaan tot drie jaar nadat de meerderjarigheid is bereikt (artikel 1:202a lid 4 BW). Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat de Staatscommissie hier de huidige wettelijke terminologie (biologische vader of moeder) gebruikt, terwijl zij zelf de voorkeur geeft aan de term genetische vader of moeder (zie ook Bijlage II, Begrippen).

90 Procedures tot ontkenning van het juridisch moederschap zijn voor zover bekend nog niet gevoerd. Deze mogelijkheid bestaat ook pas sinds 1 april 2014, toen de Wet lesbisch ouderschap in werking trad.

rechtszekerheid te dezen te waarborgen en ter bescherming van de belangen van het kind.⁹¹ Deze rechtspraak sluit aan bij die van het EHRM.⁹²

In enkele gevallen wordt de termijnoverschrijding echter toegestaan. In een recente zaak diende een man circa vijf jaar te laat een verzoek tot vernietiging van de erkenning in. Hij had sedert zijn moeder was gescheiden van de man die hem had erkend (en waarna hij was gewettigd toen zijn moeder met die man in het huwelijk trad), geen contact meer met zijn erkenner. Hij had wel contact met zijn genetische vader en wilde de genetische en de juridische werkelijkheid met elkaar in overeenstemming brengen. De rechtbank verklaarde hem niet ontvankelijk, maar het hof overwoog: het vasthouden aan de wettelijke vervaltermijn levert in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een ongerechtvaardigde inmenging in het familie- en gezinsleven van de man op en is in zoverre strijdig met artikel 8 EVRM. Het respect voor het familie- en gezinsleven eist in de onderhavige zaak dat het belang van de biologische (lees: genetische) en maatschappelijke werkelijkheid preva-

- 91 HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1064. Ook in HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8473, is beslist: het hof heeft geoordeeld dat in het onderhavige geval bij het vasthouden aan het wettelijk vermoeden van vaderschap geen sprake is van een inmenging in het *'family life'* in de zin van artikel 8 EVRM, omdat er geen biologische vader is die het kind wil erkennen en dat, zelfs als er wel sprake zou zijn van een inmenging in het *'family life'* van de betrokkenen, (...) dit geen ongerechtvaardigde inmenging (zou) zijn, nu de in de wet gegeven termijnen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving teneinde de rechtszekerheid te waarborgen en ter bescherming van de belangen van het kind, in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM. Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad.
- 92 Bijvoorbeeld EHRM 29 november 1984, ECLI:NL:XX:1984:AC8625, *NJ* 1986/4, m.nt. E.A. Alkema (*Rasmussen/Denemarken*): het verbinden van termijnen aan de ontkenning van het vaderschap valt binnen de beleidsvrijheid van de verdragsstaten en levert geen strijd op met artikel 8 EVRM.

leert boven het belang van de strikte hantering van de in artikel 1:205 lid 4 BW gestelde termijn en de daarmee voorgestane rechtszekerheid.⁹³

De korte termijnen die juridische ouders hebben om een procedure tot ongedaanmaking van het ouderschap te voeren, kunnen tot gevolg hebben dat zij hun verantwoordelijkheid daarvoor niet meer kunnen nemen. Mogelijk hebben zij de termijn laten verlopen in een poging het beste te maken van het gezinsleven, terwijl later blijkt dat het gezin toch uiteenvalt. Het kind moet dan zelf gaan procederen om zijn juridische afstamming te doen aanpassen. Mogelijk is die aanpassing in het geheel niet meer mogelijk, omdat ook voor het kind zelf de termijn is verlopen. Met name in situaties waarin een kind op latere leeftijd op de hoogte raakt van zijn ontstaansgeschiedenis, kan dit problematisch zijn.

Samenvattend en betekenis:

Ongedaanmaking van juridisch ouderschap is slechts beperkt mogelijk en is bovendien gebonden aan strikte termijnen.

Dit betekent voor het kind: de wettelijke beperkingen kunnen tot gevolg hebben dat het niet (meer) mogelijk is om de persoon die niet genetisch verwant met het kind is, maar wél als juridische ouder op zijn geboorteakte staat, te laten 'vervangen' door de persoon met wie het kind wél genetisch verwant is.

93 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4483. Het Hof verwijst hierbij naar het feit dat geen van de belanghebbenden bezwaar heeft gemaakt tegen de vernietiging, dat al geruime tijd ieder contact tussen de juridische vader en de verzoekende zoon ontbreekt en dat de vermogensrechtelijke consequenties onder ogen zijn gezien. Dit is in overeenstemming met EHRM 10 oktober 2006, 10699/05 (*Paulik/Slowakije*), hoewel een verwijzing naar deze uitspraak ontbreekt. Zie voor vergelijkbare jurisprudentie: Rb. Den Haag 18 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16686: belang van de biologische (lees: genetische) en maatschappelijke werkelijkheid prevaleert boven het belang van de strikte hantering van de in artikel 1:205 lid 4 BW gestelde termijn en de daarmee voorgestane rechtszekerheid; Hof Den Haag 19 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9615; Rb. Den Haag 31 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4051; Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3770. Maar de termijnoverschrijding wordt niet altijd toegestaan: Hof Den Haag 30 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY745: 'Met het vasthouden aan de door de wetgever vastgestelde termijn van drie jaar wordt voor het kind en alle betrokkenen duidelijkheid geschapen. Hiermee zijn zowel het kind, als de rechtsorde uiteindelijk gebaat. Met het oog op de stellingen van de dochter dat enkele verdragsrechtelijke bepalingen een afwijking van de termijn zouden rechtvaardigen, overweegt het hof dat uit de parlementaire geschiedenis niet alleen volgt dat de wetgever een duidelijke keuze heeft gemaakt voor het hanteren van de driejaarstermijn, maar dat daarbij tevens rekening is gehouden met de desbetreffende verdragsrechtelijke regels, in het bijzonder die in het EVRM.' Zie ook Rb. Dordrecht 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU2843.

Dit betekent voor de volwassenen: wie verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van het kind of het juridisch ouderschap bewust op zich heeft genomen, kan hierop in beginsel niet terugkomen. Hij of zij wordt aan de verantwoordelijkheid gehouden.

6.5.7 ADOPTIE

Zoals eerder is opgemerkt in par. 6.2.2, hebben de ouders van een kind bij adoptie een vetorecht, waaraan de rechter slechts in bijzondere situaties kan voorbijgaan (artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder d BW). Een andere opvallende voorwaarde voor adoptie is dat de adoptant niet de grootouder van het kind mag zijn (artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder b BW). Een kind mag wél worden geadopteerd door andere familieleden. De belangrijkste redenen om grootouders destijds uit te zonderen waren de vrees voor identiteitsproblemen in de relatie (groot)ouder-kind en het gevaar dat grootouders door adoptie het kind van hun eigen kind aan dat eigen kind zouden ontnemen ('grootouderusurpatie').⁹⁴ De wettelijke bepaling wordt in de rechtspraak nog onverkort toegepast.⁹⁵ Het is evenwel de vraag of de beperking het belang van het kind (altijd) dient.⁹⁶ In situaties waarin een kind niet door zijn eigen ouders kan worden verzorgd en opgevoed en met behulp van een kindbeschermingsmaatregel in een ander gezin wordt verzorgd en opgevoed, kan het vetorecht van de ouders tegen zijn adoptie tot gevolg hebben dat de sociale werkelijkheid van de opvoedingssituatie geen duidelijke juridische vorm kan krijgen. Dat geldt nog sterker als een kind door grootouders wordt verzorgd en opgevoed, omdat de wet uitsluit dat een kind door zijn grootouders wordt geadopteerd. Als een kind wél is geadopteerd, maar de adoptie feitelijk 'mislukt' en het kind zijn adoptiefouders niet of niet langer als zijn ouders beschouwt, zijn de wettelijke mogelijkheden tot herroeping van de adoptie zeer beperkt.

Als een kind wordt geboren binnen de relatie van twee vrouwen en er slechts juridisch moederschap van de geboortemoeder ontstaat, is in beginsel mogelijk dat de andere vrouw het kind adopteert. Deze mogelijkheid is minder relevant geworden sinds de Wet lesbisch ouderschap

94 Meijdam-Slappendel 1996, p. 71 en 72.

95 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1439.

96 Zie ook Koens 2013.

in werking is getreden, omdat de andere vrouw van rechtswege de ouder kan zijn van het kind of het kind kan erkennen (artikelen 1:198 en 203 e.v. BW). Maar met name als een gezin een internationaal karakter heeft, kan het raadzaam zijn om geen gebruik te maken van deze recentelijk ingevoerde wettelijke mogelijkheden tot het vestigen van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de vrouw uit wie het kind niet is geboren. De kans dat de juridische relatie tussen de duomoeder en het kind in andere landen wordt geaccepteerd, lijkt groter wanneer sprake is van een door de rechter uitgesproken adoptie dan wanneer de relatie van rechtswege of door erkenning is ontstaan. Het is wel zaak dat betrokkenen zich hiervan vóór de geboorte goed rekenschap geven. Is het juridisch ouderschap van de duomoeder eenmaal tot stand gekomen, dan is het uitspreken van een adoptie geen optie meer, omdat het kind dan al twee juridische ouders heeft.⁹⁷

Een adoptie kan alleen door de geadopteerde zelf worden herroepen, en wel als de rechter de herroeping in het kennelijk belang van de geadopteerde acht en van de redelijkheid van de herroeping is overtuigd. Het verzoek moet worden ingediend in de periode waarin de geadopteerde ten minste twee en ten hoogste vijf jaar meerderjarig is. In de praktijk betekent dit dat de herroepingsprocedure kan worden gevoerd in de periode waarin de geadopteerde tussen de twintig en drieëntwintig jaar oud is (artikel 1:231 BW).

Vanuit belangenorganisaties van geadopteerden is tijdens de hoorzittingen die de Staatscommissie heeft gehouden, bepleit de termijn voor herroeping te verruimen. In de rechtspraak worden verzoeken tot herroeping van een adoptie die zijn ingediend na afloop van de wettelijke termijn, desondanks soms wel toegewezen.⁹⁸ Overigens komen verzoeken tot herroeping van adoptie weinig voor.

Een aandachtspunt bij de mogelijkheid van herroeping van een adoptie is dat de herroeping in geval van een interlandelijke adoptie kan leiden tot een zogenoemde hinkende rechtsverhouding. Van een hinkende rechtsverhouding is sprake als een rechtstoestand op grond van het recht van een bepaald land niet overeenkomt met de rechtstoestand

97
98

Rb. Den Haag 12 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12134.
Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BN6040; Rb. Den Haag 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8475; Rb. Haarlem 3 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW5040; Rb. Zutphen 9 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5204.

zoals die volgens het recht van een ander land bestaat. Met andere woorden: een kind is volgens het recht van Nederland een kind van meneer X en mevrouw Y, maar hetzelfde kind is volgens het recht van een ander land een kind van meneer A en mevrouw B. Een dergelijke situatie kan zich voordoen in de volgende situatie: in Nederland wordt de herroeping van een adoptie uitgesproken. Dit heeft tot gevolg dat op grond van het Nederlandse recht de familierechtelijke betrekkingen tussen kind en adoptiefouders worden verbroken en de familierechtelijke betrekkingen met de oorspronkelijke ouder(s) herleven (artikel 1:232 BW). Als het land van herkomst van adoptiekind en oorspronkelijke ouders de mogelijkheid van herroeping van de adoptie niet kent, kan dit betekenen dat in dat land de oorspronkelijke familierechtelijke betrekkingen niet zijn herleefd en het kind na de herroeping dus in het geheel geen ouders meer heeft.

Samenvattend en betekenis:

Ouders kunnen soms tegenhouden dat hun kind door iemand anders wordt geadopteerd, en adoptie door grootouders is niet mogelijk. Het juridisch ouderschap voor de duomoeder kan van rechtswege ontstaan, door erkenning of door een rechterlijke uitspraak (gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie). Dit vergt dat betrokkenen vooraf goed zijn geïnformeerd om in de individuele situatie de beste keuze te maken. Achteraf repareren is niet mogelijk en dit kan ertoe leiden dat de juridische relatie tussen het kind en de ouders niet optimaal is vormgegeven.

Dit betekent voor het kind: het vetorecht dat ouders hebben om adoptie tegen te houden, en het grootouderadoptieverbod kunnen ertoe leiden dat het kind niet in familierechtelijke betrekking kan komen te staan tot de personen door wie het kind wordt verzorgd en opgevoed. De termijn voor herroeping van de adoptie is te kort om recht te doen aan de geadopteerde die op latere leeftijd in het reine wil komen met zijn ontstaansgeschiedenis.

Dit betekent voor de ouder(s): het is niet altijd mogelijk dat degenen die de daadwerkelijke zorg voor het kind op zich hebben genomen, hun relatie ten opzichte van het kind ook juridisch vormgeven.

6.5.8 ONBEKENDHEIDSVERKLARING

Het juridisch moederschap van de duomoeder ontstaat van rechtswege als de duomoeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft met de geboortemoeder en bij de aangifte van geboorte een onbekendheidsverklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting wordt overgelegd (zie par. 6.2.1). Is gebruik gemaakt van genetisch materiaal van een bekende donor en zijn diens gegevens bij genoemde Stichting geregistreerd, dan kan de onbekendheidsverklaring dus niet worden afgegeven en ontstaat het juridisch moederschap van de duomoeder niet automatisch. De duomoeder kan het kind wél erkennen met toestemming van de geboortemoeder. De regeling lijkt daarmee het gebruik van donormateriaal van een voor de geboortemoeder onbekende donor aan te moedigen, terwijl het gebruik van donormateriaal van een bekende donor het voor het kind eenvoudiger kan maken om zijn ontstaansgeschiedenis van jongs af aan een plek in zijn leven te geven.

Samenvattend en betekenis:

Het juridisch moederschap van de duomoeder kan niet automatisch ontstaan als gebruik is gemaakt van genetisch materiaal van een bekende donor, ook niet als de gegevens zijn geregistreerd bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting.

Dit betekent voor het kind: het kind krijgt niet bij de geboorte binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen automatisch twee ouders, terwijl het kind dat met behulp van medisch geassisteerde bevruchting met gedoneerd sperma wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw, wél automatisch twee juridische ouders krijgt.

Dit betekent voor de ouders: twee vrouwen die met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben, moeten een extra handeling verrichten om beiden juridisch ouder van het binnen hun relatie geboren kind te kunnen worden.

6.5.9 CONCLUSIE

De huidige wetgeving op het gebied van de afstamming vormt een mengvorm van verschillende grondslagen (zie par. 6.3.2). Er wordt in zijn algemeenheid van uitgegaan dat het voordelen kan hebben voor een kind om twee juridische ouders te hebben, bijvoorbeeld voor het levensonderhoud, maar ook erfrechtelijk als één van de ouders komt te overlijden of anderszins uit beeld raakt. Primair wordt in de wetgeving aangesloten op het feit dat een kind uit een vrouw wordt geboren. Zij is als geboortemoeder de juridische moeder. Voor de positie van de tweede ouder wordt primair aangesloten op het huwelijk of geregistreerd partnerschap. In de situatie waarin de geboortemoeder geen echtgenoot of geregistreerde partner heeft, biedt de rechtsfiguur van de erkenning de meest voor de hand liggende mogelijkheid om een juridische band te vestigen tussen het kind en de tweede ouder. De gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en de adoptie vormen de laatste mogelijkheid om juridische banden te vestigen tussen een kind en zijn ouder(s). Voor de positie van de geboortemoeder geldt verder dat haar ouderschap als rechtsfeit wordt gezien en het niet kan worden ongedaan gemaakt, ook niet als zij niet de genetische moeder van het kind is.

Aan de mogelijkheid van ongedaanmaking van het ouderschap van de tweede ouder zijn diverse voorwaarden verbonden. De belangrijkste is dat ouderschap van een genetische ouder, net als ouderschap van de geboortemoeder, niet kan worden ongedaan gemaakt. Verder gelden strikte termijnen voor de procedures tot ongedaanmaking van ouderschap. In de wetgeving is ook meer en meer het uitgangspunt zichtbaar dat wie willens en wetens de verantwoordelijkheid heeft genomen om juridisch ouder te worden van een kind dat genetisch verwant is met een andere persoon, op die aanvaarde verantwoordelijkheid niet kan terugkomen. Het kind kan zonder deze beperking het ouderschap van een niet-genetische ouder doen tenietgaan, maar is daarbij gebonden aan de in de wet bepaalde termijnen. Een enigszins versluisd uitgangspunt van de wetgeving lijkt dat een kind het meest is gebaat met het hebben van twee juridische ouders: als een kind maar één juridische ouder heeft, is het relatief eenvoudig om een tweede ouderschap te vestigen, terwijl het terugdraaien daarvan door het pakket aan voorwaarden dat wordt gesteld, min of meer wordt ontmoedigd.

In de bevindingen komt naar voren dat het huidige Nederlandse afstammingsrecht bepaalde personen als juridisch ouder van een kind aanwijst, of de mogelijkheid biedt om het juridisch ouderschap op een andere manier te vestigen. Het afstammingsrecht bepaalt voorts wanneer en onder welke voorwaarden dat ouderschap kan tenietgaan. De mogelijkheden die het recht aldus kent voor het vormgeven van juridisch ouderschap, komen niet noodzakelijkerwijs overeen met het ouderschap zoals dat in de praktijk door kind en volwassenen wordt gevoeld en gewenst. In Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie, wordt nader ingegaan op de visie die de Staatscommissie in deze voorstaat, en wordt aangegeven of en zo ja, in hoeverre deze visie leidt tot aanbevelingen om de huidige wettelijke regeling aan te passen.



07 GEZAG

7.1 INLEIDING

Minderjarigen staan onder gezag (artikel 1:245 BW). Gezag houdt wel verband met het in Hoofdstuk 6 besproken juridisch ouderschap, maar juridisch ouderschap en gezag zijn niet per definitie bij dezelfde personen gelegd.

Wie gezag heeft of hebben over een kind, vloeit voort uit de regels die zijn neergelegd in Titel 14 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Bij het vaststellen wie met het gezag over een kind is belast, moet voor ogen worden gehouden of de desbetreffende persoon wel bevoegd is tot uitoefening van het gezag. In artikel 1:246 BW is bepaald dat onbevoegd zijn tot gezag: minderjarigen, personen die onder curatele zijn gesteld, en personen wier geestvermogens zodanig zijn gestoord, dat zij in de onmogelijkheid verkeren het gezag uit te oefenen, tenzij deze stoornis van tijdelijke aard is. Deze bepaling heeft tot gevolg dat, waar de wet bepaalt wie met het gezag is belast, dit alleen geldt als betrokkene niet onbevoegd is tot gezag.

Het huidige deel van het recht dat ziet op de vraag wie is belast met het gezag over een kind, kent vele uitzonderingen voor bijzondere situaties en is daarmee complex. Volstaan wordt met het geven van een beschrijving van de hoofdlijnen. Daarbij zal niet worden ingegaan op de mogelijkheden om in het gezag in te grijpen met behulp van een kinderschermingsmaatregel. Het kinderschermingsrecht is recentelijk geheel herzien¹ en zal te zijner tijd worden geëvalueerd. De Staatscommissie ziet daarom geen taak voor zich weggelegd om deze recente wetgeving in haar advies te betrekken.

7.2 NEDERLANDS RECHT

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de huidige Nederlandse regeling van het gezag. Begonnen wordt met een beschrijving van de huidige regeling. Vervolgens worden kort de ontwikkelingen beschreven die de regeling van het gezag heeft doorgemaakt sinds het eerste Burgerlijk Wetboek van 1838. Hoe zag de wetgever het gezag en waar kwam die visie vandaan? Voorts wordt het resultaat beschreven van een blik over de grens

1

Wet van 12 maart 2014, *Stb.* 2014, 130, in werking getreden op 1 januari 2015.

ten aanzien van het op dit moment in Nederland nog niet bestaande juridisch meeroudergezag. Afgesloten wordt met enkele bevindingen van de Staatscommissie.

7.2.1 WAT IS GEZAG?

Het gezag heeft betrekking op drie aspecten: de persoon van het kind, het bewind over zijn vermogen en de vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte. Dit laatste betekent dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid zowel voor de vertegenwoordiging ter zake van het verrichten van zogenoemde rechtshandelingen als voor de vertegenwoordiging in gerechtelijke procedures geldt.

Het Nederlandse recht kent op grond van artikel 1:245 lid 3 BW verschillende soorten gezag:

- ouderlijk gezag, onder te verdelen in eenhoofdig gezag, dat door een ouder alleen wordt uitgeoefend, en gezamenlijk gezag, dat door beide juridische ouders gezamenlijk wordt uitgeoefend;
- gezag van een ouder en een ander dan een ouder;
- voogdij, die wordt uitgeoefend door een of twee personen die niet de ouder van het kind is of zijn, of door een gecertificeerde instelling,² doorgaans een Stichting jeugdbescherming.

Het gezamenlijk gezag van een ouder en een ander dan een ouder is wettelijk aangemerkt als ouderlijk gezag, tenzij uit een andere wettelijke bepaling het tegendeel voortvloeit (artikel 1:245 lid 5 BW).

Het gezag wordt uitgeoefend binnen de grenzen die de wet stelt. Dit betekent dat de ouders niet helemaal vrij zijn om de verzorging en opvoeding van het kind naar eigen believen in te richten. Zij zijn bijvoorbeeld gehouden aan de Leerplichtwet, zij mogen in de opvoeding geen geweld toepassen (zie hieronder par. 7.2.1.1) en hebben voor sommige handelingen in het kader van het beheer van het eventuele vermogen van het kind machtiging of goedkeuring van de kantonrechter nodig (zie hieron-

2

Een gecertificeerde instelling is een rechtspersoon die in het bezit is van een certificaat of voorlopig certificaat als bedoeld in artikel 3.4 van de Jeugdwet en die een kinderschermingsmaatregel of jeugdreclassering uitvoert (artikel 1.1 Jeugdwet).

der par. 7.2.1.2). Wordt het gezag door twee personen samen uitgeoefend, die het niet eens zijn over een bepaalde beslissing die moet worden genomen, dan kunnen zij dit geschil aan de rechter voorleggen. Die neemt dan een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt (artikel 1:253a BW).

7.2.1.1 Gezag ten aanzien van de persoon

Artikel 1:247 lid 1 BW bepaalt dat het ouderlijk gezag de plicht en het recht van een ouder omvat om zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.³ De plicht om het kind zelf te verzorgen en op te voeden, sluit overigens niet uit dat het kind in beginsel tijdelijk aan pleegouders of andere verzorgers kan worden toevertrouwd. Artikel 1:247 lid 2 BW maakt duidelijk dat onder verzorging en opvoeding niet alleen de dagelijkse zorg wordt verstaan, maar ook het begeleiden en stimuleren van de minderjarige in zijn ontwikkelings- en ontplooiingsactiviteiten en het bieden van ruimte daartoe. Ouders moeten rekening houden met de mening van het kind in overeenstemming met de zich met het vorderen van de leeftijd ontwikkelende capaciteiten van het kind. Met andere woorden: naarmate een kind ouder wordt, krijgt het een groeiende stem om mee te beslissen of zelf te beslissen over zaken die hem betreffen.⁴

In de opvoeding van het kind mogen ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toepassen. Verder bepaalt de wet expliciet in artikel 1:247 lid 3 BW dat het ouderlijk gezag mede de verplichting van de ouder omvat om de ontwikkeling van de

3 De bepalingen omtrent ouderlijk gezag zijn ook van toepassing op de persoon die samen met een juridische ouder is belast met gezamenlijk gezag. Voor de voogd gelden soms enkele afwijkende verplichtingen.

4 Bij de herziening van de gezagsregeling die in 1995 in werking trad, was aanvankelijk voorgesteld om in de wet (in artikel 1:247 BW) op te nemen: 'Bij de uitoefening van het gezag dient de ouder in toenemende mate, in aanmerking nemende het leeftijds- en ontwikkelingsniveau van het kind, rekening te houden met diens mening over hem betreffende aangelegenheden, alsmede met diens toenemende bekwaamheid en behoefte zelfstandig te handelen en zijn leven naar eigen inzicht in te richten'. Deze bepaling is door een door de Tweede Kamer aangenomen amendement vervallen. Men was van mening dat de bepaling aanleiding kon geven tot onduidelijkheid over de betekenis van het ouderlijk gezag in de relatie tussen ouders en kinderen. Bezien vanuit het uitgangspunt dat het ouderlijk gezag naar redelijkheid en billijkheid dient te worden uitgeoefend, is de bepaling overbodig, aldus de indiener van het amendement, VVD-kamerlid Vos (*Kamerstukken II* 1994/95, 23012, 11). De Staatssecretaris van Justitie betoogde vervolgens bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer dat, gelet op artikel 5 IVRK, het vervallen van de bepaling niet betekende dat hetgeen daarin was bepaald geen geldend recht zou zijn (*Kamerstukken I* 1994/95, 23012, 73c, p. 1). In artikel 5 IVRK is onder meer bepaald dat de begeleiding van het kind bij de uitoefening van zijn rechten moet gebeuren op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind.

banden van het kind met de andere ouder te bevorderen. De met gezag belaste ouder is dus verantwoordelijk voor het geheel aan beslissingen die over het kind moeten worden genomen, zoals kleding, voeding, huisvesting, onderwijs, medische behandelingen, maar ook vrijetijdsbesteding, lidmaatschap van verenigingen of een kerkgenootschap. Een belangrijke bevoegdheid die voortvloeit uit het gezag, is het bepalen van de hoofdverblijfplaats van het kind. Dit zal doorgaans zijn bij de ouder die het gezag uitoefent, of bij beide ouders die het gezag uitoefenen. Voor de situatie waarin de ouders uit elkaar gaan, bepaalt artikel 1:247 lid 4 BW dat het kind recht houdt op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders. Maar dit betekent niet dat het kind precies evenveel tijd met beide ouders moet doorbrengen, bijvoorbeeld in de vorm van een co-ouderschap (een 50%-50%-verdeling).⁵ Ouders zullen het samen eens moeten worden over het adres waar het kind zijn hoofdverblijf heeft. Lukt dit niet, dan kan de rechter worden gevraagd het hoofdverblijf te bepalen (artikel 1:253a lid 2 eerste volzin en tweede volzin aanhef en onder b BW). Een kind kan vanaf de leeftijd van twaalf jaar – of jonger als het in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen – de rechter informeel benaderen om wijziging van zijn hoofdverblijf te vragen (artikel 1:253a lid 4 in verbinding met de artikelen 1:377e en 377g BW).⁶

De verantwoordelijkheid van degene(n) die het gezag over het kind heeft (hebben), brengt een wettelijke aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad met zich, met dien verstande dat de gezagsdrager risicoaansprakelijk is voor het onder zijn gezag staande kind totdat het de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt (artikel 6:169 lid 1 BW). Is het kind tussen de veertien en zestien jaar oud, dan is de gezagsdrager eveneens wettelijk aansprakelijk, tenzij hem niet kan worden verweten dat hij de gedraging van het kind die tot de schade heeft geleid, niet heeft belet (artikel 6:169 lid 2 BW). Vanaf de leeftijd van zestien jaar zijn kinderen zelf aansprakelijk voor door hen veroorzaakte schade.

7.2.1.2 Gezag ten aanzien van het vermogen

De gezagsdrager voert het bewind over het eventuele vermogen van de minderjarige (artikelen 1:253i e.v. en 337 e.v. BW). Hij doet dit onder toezicht van de kantonrechter en heeft voor diverse handelingen machtiging

5 *Kamerstukken I* 2007/08, 30145, C, p. 2. Zie ook HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407,

NJ 2010/398, m.nt. S.F.M. Wortmann en Hof Amsterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1869.

6 Rb. Limburg 19 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9077; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3046; Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2015, ECLI: NL:RBZWB:2015:2556.

of goedkeuring van de kantonrechter nodig. In geval van voogdij is het toezicht strikter dan in geval van ouderlijk gezag of gezag van een ouder en een ander dan een ouder; zie immers behalve artikel 1:245 lid 5 BW ook de schakelbepaling van artikel 1:253k BW, waaruit blijkt dat niet alle bepalingen inzake voogdijbewind van overeenkomstige toepassing zijn op het bewind van de ouders of een ouder.⁷

7.2.1.3 Gezag ten aanzien van vertegenwoordiging

Een kind heeft in beginsel toestemming nodig van zijn met gezag belaste ouders of één van hen om rechtshandelingen onaantastbaar te kunnen verrichten. Maar als het een voor een kind van een bepaalde leeftijd gebruikelijke rechtshandeling betreft, kan het kind deze wel zelfstandig verrichten (artikel 1:234 lid 3 BW). Zo is het bijvoorbeeld voor een jong kind al gebruikelijk dat het een brood koopt bij de bakker. Ook het kopen van boeken of kleding is voor kinderen al snel gebruikelijk. Dat wordt minder als het gaat om grote bedragen die voor een aanschaf nodig zijn, en gebruikelijk is bijvoorbeeld niet dat een kind een huis koopt. Voor dergelijke aankopen is expliciete toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger nodig. Als die niet blijkt te zijn gegeven, is de rechtshandeling vernietigbaar, dat wil zeggen: terug te draaien.

Een ander belangrijk aspect van de vertegenwoordiging door de wettelijk vertegenwoordiger, door de met gezag belaste ouder dus, is de vertegenwoordiging van het kind in een gerechtelijke procedure.

7.2.1.4 Positie van het kind

In de wet is bepaald dat het kind rekening moet houden met de aan de ouder of voogd in het kader van de uitoefening van het gezag toekomende bevoegdheden en met de belangen van de overige leden van het gezin waarvan het kind deel uitmaakt (artikel 1:249 BW). Dit betekent zoveel als dat het kind moet luisteren naar degene die het gezag over hem uitoefent. In de memorie van toelichting lichtte de Staatssecretaris van Justitie de bepaling destijds toe met de woorden: het gaat hier om wederzijds respect tussen de leden van een gezin in het algemeen en de ouders en het kind in het bijzonder.⁸ De positie van het kind kan onder druk komen te staan als degenen die het gezag over hem hebben, het

7 Zie voor een uitgebreide toelichting op het bewind over het vermogen van minderjarigen: Ter Haar 2013.

8 *Kamerstukken II 1992/93, 23012, 3, p. 36.*

niet met elkaar eens zijn over het antwoord op de vraag hoe de verzorging en opvoeding van het kind moeten worden vormgegeven. Dit probleem doet zich met name voor als de ouders niet of niet meer samen zijn. Het uit elkaar gaan kan de vorm van een 'vechtscheiding' aannemen en het kind kan daardoor verscheurd raken tussen zijn ouders.

Een kind is in het burgerlijk recht in zijn algemeenheid niet procesbekwaam. Het heeft een met gezag belaste juridische ouder nodig om hem te vertegenwoordigen. Als die ouder dat niet kan of wil, kan voor het kind een bijzondere curator worden benoemd, die in plaats van de juridische ouder het kind vertegenwoordigt (artikel 1:250 BW). De wet kent op de procesonbekwaamheid van kinderen enkele uitzonderingen. Voor het familierecht is van belang dat een kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar of jonger, als het in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, voor sommige zaken op informele wijze de hulp van de rechter kan inroepen. Dit gaat met name om zaken waarin zijn ouders uit elkaar zijn en hij een contactregeling wil laten vaststellen of wijzigen. Ook kan een kind dat, nadat zijn ouders uit elkaar zijn gegaan, onder hun gezamenlijk gezag is blijven staan, de rechter op grond van artikel 1:251a lid 4 BW vragen dit gezag om te zetten in eenhoofdig gezag van één ouder (zie hiervoor ook par. 7.2.2.3) of te vragen of hij bij zijn andere ouder mag wonen. Het zelf aan de rechter vragen om het gezamenlijk gezag om te zetten in eenhoofdig gezag kan een kind op grond van laatstgenoemde bepaling alleen als zijn ouders met elkaar getrouwd zijn geweest. In andere gevallen heeft het kind geen mogelijkheden om de rechter te vragen het gezag over hem te wijzigen. De rechtsingang daarvoor staat alleen open voor de juridische ouders.

Samenvattend en betekenis:

Het onder gezag staan betekent voor het kind: het kind moet rekening houden met wat degene die het gezag over het kind heeft, het kind zegt of voorschrijft.

Het belast zijn met het gezag betekent voor de ouders: ouders die met gezag zijn belast, hebben de plicht en het recht om hun kind te verzorgen en op te voeden. Zij zijn bevoegd om binnen de grenzen die de wet stelt, beslissingen te nemen over het kind en moeten er daarbij rekening mee houden dat met het ouder worden het kind steeds meer zelfstandig kan en zelfstandig mag doen. Krijgen de ouders ruzie over een bepaalde beslissing, dan kunnen zij aan de rechter vragen de knoop door te hakken.

7.2.2 GEZAG VAN JURIDISCHE OUDERS

7.2.2.1 Gezag bij geboorte (artikelen 1:251, 253aa en 253b BW)

De hoofdregel is dat het kind vanaf zijn geboorte onder gezamenlijk gezag van beide juridische ouders staat, mits zij met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben. Is dat niet het geval, dan staat het kind automatisch onder gezag van de geboortemoeder. Het kind komt in die situatie niet automatisch onder gezag van de juridische vader of duomoeder te staan.

7.2.2.2 Gezamenlijk gezag vanaf een later tijdstip

Als een kind wordt geboren uit een moeder die niet is gehuwd en geen geregistreerd partnerschap heeft en het is of wordt erkend, moeten de juridische ouders nog een extra handeling verrichten om samen het gezag over hun kind te verkrijgen.

Aantekening in gezagsregister (artikel 1:252 in verbinding met artikel 1:244 BW)

De ouders kunnen samen in het gezagsregister laten aantekenen dat zij het ouderlijk gezag gezamenlijk willen uitoefenen. De ouders moeten het daarover dus wel eens zijn, want zij kunnen dit alleen samen regelen. Zij moeten samen een formulier invullen en naar de griffie van de rechtbank sturen. Die aantekening kan tegenwoordig ook digitaal worden gedaan, waarbij de ouders zich 'legitimeren' met hun DiGiD.

Gezamenlijk ouderlijk gezag via de rechter (artikel 1:253c BW)

Als een van de ouders gezamenlijk gezag wil met de andere ouder, maar die ander daaraan niet wil meewerken, kan hij de rechter vragen om gezamenlijk gezag. De rechter wijst zo'n verzoek alleen af als hij oordeelt

dat het kind klem of verloren⁹ zal raken tussen de ouders of als hij afwijzing om een andere reden in het belang van het kind noodzakelijk acht. Het klemcriterium is in de rechtspraak ontwikkeld en vervolgens in de wet vastgelegd.¹⁰ Gezamenlijk gezag is daarmee de norm. Hiervan wordt alleen afgeweken in geval van ernstige contra-indicaties. Het ontbreken van een goede communicatie tussen de ouders brengt niet zonder meer mee dat in het belang van de kinderen het ouderlijk gezag bij één van de ouders moet berusten.¹¹ Maar in geval van bijvoorbeeld ernstig huiselijk geweld of het totaal ontbreken van elke communicatie tussen de ouders en het tevens ontbreken van reële mogelijkheden om die communicatie te verbeteren, kan dit ertoe leiden dat het verzoek om gezamenlijk gezag wordt afgewezen.¹² In de meeste gevallen zal het in geval van een verzoek om gezamenlijk gezag gaan om een vader die samen met de moeder het gezag wil uitoefenen, terwijl de moeder, die al gezag heeft, dat niet wil. Maar het kan ook zo zijn dat juist de moeder het gezag gezamenlijk met de andere ouder wil uitoefenen, maar dat die andere ouder dat zelf niet wil. In de praktijk komt dit laatste voor zover bekend niet of nauwelijks voor.

Gezamenlijk gezag door sluiten huwelijk of geregistreerd partnerschap (artikelen 1:251 lid 1 en 253aa BW)

Is een kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren en erkend en sluiten de juridische ouders daarna een huwelijk of geregistreerd partnerschap, dan staat het kind automatisch onder hun gezag. Zij voldoen vanaf het tijdstip van hun huwelijk of geregistreerd partnerschap aan de voorwaarden: zij zijn beiden de juridische ouders van het kind en zij hebben een huwelijk of geregistreerd partnerschap gesloten. De volgorde waarin deze gebeurtenissen plaatsvinden, is niet van belang.¹³

- 9 De officiële formulering van artikel 1:253c lid 2 onder a BW luidt dat er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen. Deze formulering staat bekend onder de naam: 'klemcriterium'.
- 10 HR 10 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2963, NJ 2000/20, m.nt. S.F.M. Wortmann.
- 11 HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:409.
- 12 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 24 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA1267.
- 13 Ondanks het feit dat de wettekst duidelijk is ('gedurende hun huwelijk' respectievelijk 'gedurende hun geregistreerd partnerschap' oefenen de ouders het gezag gezamenlijk uit), heeft over het al dan niet van belang zijn van de volgorde der gebeurtenissen in de praktijk wel onduidelijkheid bestaan. In de rechtspraak is bevestigd dat, als aan beide voorwaarden is voldaan, de ouders zijn belast met het gezamenlijk gezag; zie Hof Den Haag 23 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY7335 en Rb. Haarlem 29 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3143.

Samenvattend en betekenis:

De regeling van het gezag gaat in eerste instantie uit van het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de juridische ouders. Zijn de ouders met elkaar gehuwd of hebben zij een geregistreerd partnerschap, dan hebben zij vanaf de geboorte van het kind gezamenlijk het gezag. Zijn zij op dat tijdstip niet gehuwd of niet geregistreerd, dan kunnen zij regelen dat zij alsnog gezamenlijk het gezag krijgen. Als zij het daarover niet met elkaar eens zijn, kan aan de rechter worden gevraagd over het gezag een beslissing te nemen. Heeft het kind alleen een geboortemoeder en geen andere juridische ouder, dan staat het in de regel onder haar gezag.

Het bij de geboorte ontstaan van gezag betekent voor het kind: een buiten huwelijk geboren kind is afhankelijk van de bereidheid van zijn ouders die extra stap te zetten om gezamenlijk gezag te verkrijgen.

Het bij de geboorte ontstaan van het gezag betekent voor de ouders: het automatisch verkrijgen van ouderlijk gezag door ouders die op het tijdstip waarop hun kind wordt geboren, met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben, is onderdeel van het pakket rechtsgevolgen dat is verbonden aan het huwelijk en het geregistreerd partnerschap.

7.2.2.3 Eenhoofdig gezag vanaf een later tijdstip

De gezagssituatie van een kind kan door verschillende oorzaken op een later tijdstip wijzigen.

Omzetten gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag (artikelen 1:251a en 253n BW)

Zijn de ouders niet langer beiden in staat om een behoorlijke invulling te geven aan de uitoefening van het gezamenlijk gezag, dan kan de ouder door wie het kind volledig of in overwegende mate wordt verzorgd, de behoefte hebben om voortaan het gezag alleen uit te oefenen. De ouders kunnen of één van hen kan de rechter vragen om het gezamenlijk gezag om te zetten in eenhoofdig gezag. In de praktijk komt het nauwelijks voor dat beide ouders dat willen. In dit soort zaken is meestal één ouder de ouder die de dagelijkse verzorging van het kind voor zijn of haar rekening neemt. Het kind kan met de andere ouder contact hebben, maar het kan ook zijn dat de andere ouder min of meer bij het kind uit

beeld is verdwenen. Ook in deze situatie geldt dat gezamenlijk gezag de norm is en sprake dient te zijn van ernstige contra-indicaties om het gezamenlijk gezag om te zetten in eenhoofdig gezag.¹⁴ De rechter kan ook juist het gezag bij de niet verzorgende ouder leggen om de verzorgende ouder ertoe te bewegen mee te werken aan het tot stand brengen van contact met de andere ouder.¹⁵

Een kind kan vanaf de leeftijd van twaalf jaar – of eerder als het in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen – de rechter informeel benaderen om het gezamenlijk gezag van zijn ouders om te zetten in eenhoofdig gezag (artikel 1:251a lid 4 BW). Maar dat kan alleen als sprake is van een echtscheiding of scheiding van tafel en bed van de ouders. Het kind kan zijn vraag bij de rechter neerleggen in de (echt)scheidings-procedure of op een later tijdstip en alleen als de rechter nog niet eerder een beslissing heeft genomen over het al dan niet voortduren van het gezamenlijk gezag van de ouders.¹⁶

Gezag voor juridische ouder als geboortemoeder geen gezag heeft (artikel 1:253c lid 4 BW)

Als een kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren en het niet onder gezag van de moeder komt te staan, moet in het gezag worden voorzien. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de moeder op het tijdstip van de geboorte van het kind minderjarig is en dus onbevoegd tot het gezag (artikel 1:246 BW).¹⁷ Heeft het kind nog een andere juridische ouder, bijvoorbeeld omdat het is erkend, dan heeft die ouder een voorkeurspositie om het gezag over het kind te verkrijgen. Hij moet wel een verzoek doen bij de rechtbank, maar dit verzoek wordt alleen afgewezen als gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als het kind met de minderjarige moeder bij haar eigen ouders woont en de verstandhouding met de juridische vader van dien aard is dat de toewijzing van het eenhoofdig gezag aan de op afstand staande vader voorzienbaar tot problemen zal leiden.

14 Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3253.

15 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4301, NJ 2010/437, m.nt. S.F.M. Wortmann; Hof Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:769.

16 HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241, NJ 2008/494, m.nt. J. de Boer.

17 Behoudens de mogelijkheid van meerderjarigverklaring door de kinderrechter als de moeder zestien of zeventien jaar is (artikel 1:253ha BW).

Gezagswissel (artikel 1:253c lid 3 BW)

Als het kind onder gezag van een ouder staat en de andere ouder vindt dat het kind in plaats daarvan onder zijn gezag moet komen te staan, kan hij dit ook aan de rechter vragen. Een verzoek om het gezag aldus te wisselen, wordt alleen ingewilligd als de rechter dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt. Er moet dus een bijzondere reden zijn waarom de rechter het wenselijk acht om de bestaande gezagssituatie te wijzigen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de minderjarige al bij die andere ouder woont en voor gezamenlijk gezag geen ruimte blijkt te zijn, omdat de ouders onvoldoende in staat zijn om samen te overleggen over beslissingen in het kader van de verzorging en opvoeding van het kind en/of het bewind over diens vermogen.¹⁸ Ook kan de gezagswissel worden toegepast in geval van draagmoederschap; zie hiervoor verder Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland.

Gezag na overlijden van een ouder (artikelen 1:253f, 253g en 253h BW)

Als juridische ouders zijn belast met het gezamenlijk gezag en een van de ouders overlijdt, heeft de andere ouder voortaan automatisch het gezag alleen.

Staat een kind onder gezag van één ouder en overlijdt deze ouder, dan staat het kind niet langer onder gezag en moet daarin worden voorzien. De overleden ouder kan in het gezagsregister of bij testament een voogd hebben aangewezen (zie hiervoor verder par. 7.2.4). Ook in deze situatie kan een andere juridische ouder die nog geen gezag had, de rechter vragen hem met het gezag te belasten en heeft deze ouder, ook als de aangewezen voogd de voogdij al heeft aanvaard, gedurende een jaar een voorkeurspositie. Hij krijgt het gezag, tenzij het belang van de minderjarige zich tegen inwilliging verzet. Dit zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als het kind al gedurende lange tijd deel uitmaakt van het gezin van de aangewezen voogd.¹⁹

18
19

Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5534.
HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8088.

Samenvattend en betekenis:

Soms ontstaat er alsnog eenhoofdig gezag voor één juridische ouder.

Het ontstaan van eenhoofdig gezag betekent voor het kind: het wijzigen van het gezag over het kind betekent voor het kind in de regel dat de ouder die niet langer het gezag heeft, niets meer over het kind heeft te zeggen. De ouder die gezag heeft, beslist en de andere ouder kan die beslissingen niet tegenhouden. Het overgaan van het gezag van de ene naar de andere ouder gebeurt in de praktijk met name als het kind al feitelijk door die andere ouder wordt verzorgd en opgevoed. De gezagswissel betekent dan dat de juridische situatie wordt aangepast aan de feitelijke situatie. Als het gaat om de omzetting van gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag, kan dit tot gevolg hebben dat de ouder die voortaan geen gezag meer heeft, nog verder uit het leven van het kind verdwijnt.

Het ontstaan van eenhoofdig gezag betekent voor de juridische ouders: de ouder die het eenhoofdig gezag krijgt, krijgt daarmee de bevoegdheid alle beslissingen over de verzorging en opvoeding zelf te nemen. Als het gaat om omzetten van gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag, is de andere ouder zijn zeggenschap kwijt.

7.2.3 GEZAG VAN EEN OUDER EN IEMAND ANDERS

Een kind kan ook onder gezamenlijk gezag komen te staan van één juridische ouder en iemand anders. Deze mogelijkheid bedoelde destijds het antwoord te zijn op de situatie waarin een kind niet in familierechtelijke betrekking kon komen te staan tot de partner van hetzelfde geslacht als dat van zijn ouder. In de praktijk ging het dan veelal om twee vrouwen die binnen hun relatie samen een kind kregen.²⁰ De geboortemoeder kreeg automatisch het ouderlijk gezag, maar de wet bood geen mogelijkheden om de relatie tussen het kind en de andere vrouw in enige vorm juridisch te bevestigen. Hierop werd in 1998 in de wet opgenomen dat beide vrouwen onder bepaalde voorwaarden aan de rechter gezamenlijk

20

De mogelijkheid tot het verkrijgen van gezamenlijk gezag van een ouder met een andere persoon was en is niet voorbehouden aan de situatie waarin twee vrouwen een kind krijgen. De mogelijkheid om dit gezag te vragen staat ook open in andere situaties waarin een met het eenhoofdig gezag belaste ouder dit gezag samen wil delen met iemand anders die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Dit kan een nieuwe partner zijn, maar bijvoorbeeld ook een familielid.

gezag konden vragen.²¹ In 2002 werd ingevoerd dat, als beide vrouwen met elkaar waren gehuwd of een geregistreerd partnerschap hadden, dit gezamenlijk gezag meestal automatisch ontstond.²²

7.2.3.1 Gezamenlijk gezag bij de geboorte (artikel 1:253sa BW)

Als het kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen, maar de vrouw uit wie het kind niet is geboren, niet de juridische moeder is, komt het kind in die situatie toch onder gezamenlijk gezag van beide vrouwen te staan.²³ Dat is alleen niet het geval als het kind vóór de geboorte al is erkend door iemand anders, bijvoorbeeld door de verwekker. In dat geval heeft het kind vanaf de geboorte al twee juridische ouders, namelijk zijn geboortemoeder en de erkenner, en komt het niet automatisch ook onder gezag van de andere vrouw te staan.

7.2.3.2 Gezamenlijk gezag via de rechter (artikel 1:253t BW)

Ontstaat het gezamenlijk gezag van de juridische ouder en een andere persoon niet bij de geboorte, dan kan het op een later tijdstip via de rechter worden geregeld. Daaraan zijn afhankelijk van de omstandigheden enkele voorwaarden verbonden. Kort gezegd is het verkrijgen van gezag met een ander redelijk eenvoudig als het kind slechts één juridische ouder heeft. Maar als het nog een andere juridische ouder heeft, is het verzoek alleen voor toewijzing vatbaar als de ouder die het gezag uitoefent, dit gezag al ten minste drie jaar alleen heeft (eenhoofdig) en ten minste één jaar samen met degene met wie gezamenlijk gezag wordt gevraagd, de zorg voor het kind heeft. Het verkrijgen van gezamenlijk gezag door een ouder met iemand anders is dus niet mogelijk als het kind al onder gezamenlijk gezag van zijn juridische ouders staat, ook niet als beide juridische ouders dit willen. Gezamenlijk gezag van juridische ouders kan immers niet zomaar worden beëindigd. Dat moet in het belang van het kind noodzakelijk zijn of gebleken moet zijn dat het kind klem zit tussen de ouders (artikel 1:253n lid 2 in verbinding met artikel 1:251a leden 1 en 3 BW).

21 Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 1997, 506, in werking getreden op 1 januari 1998.

22 Wet van 4 oktober 2001, *Stb.* 2001, 468, in werking getreden op 1 januari 2002.

23 Er is dus kennelijk bij de geboorteaangifte geen verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting overgelegd dat de donor onbekend is voor de geboortemoeder, en de andere vrouw heeft het kind ook niet erkend (zie voor het ontstaan van juridisch ouderschap van de echtgenote/geregistreerde partner van de geboortemoeder Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap).

Het kind kan niet zelf bewerkstelligen dat het onder gezamenlijk gezag van een ouder en een andere persoon komt te staan. Het initiatief daartoe ligt uitsluitend bij de volwassenen.

De rechter neemt de belangen van alle betrokkenen in zijn beoordeling van het verzoek mee, waarbij het belang van het kind vooropstaat.²⁴ De andere juridische ouder, die zelf dus geen gezag over het kind heeft, heeft een voorkeurspositie, bijvoorbeeld in de situatie waarin de moeder het gezag heeft over het kind en gezamenlijk gezag wil met haar nieuwe partner, de stiefouder van het kind. Het kind is erkend door de genetische vader, die zelf het gezag met de moeder samen wil uitoefenen en dat aan de rechter vraagt. Als er geen contra-indicaties zijn om dat verzoek af te wijzen, leidt dat al snel tot belasting van beide juridische ouders met het gezag en afwijzing van het verzoek om gezamenlijk gezag van de moeder en de stiefouder.²⁵

Samenvattend en betekenis:

In situaties waarin een kind niet wordt verzorgd en opgevoed door twee juridische ouders, maar door één juridische ouder en iemand anders, kunnen die twee volwassenen samen het gezag krijgen. Als het kind alleen een moeder heeft en zij is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft met een vrouw die niet de juridische moeder van het kind is, krijgen beide vrouwen automatisch het gezamenlijk gezag. In andere gevallen kan het gezamenlijk gezag onder bepaalde voorwaarden aan de rechter worden gevraagd. Heeft het kind nog een andere juridische ouder, die zelf gezag over zijn kind wil, dan heeft deze een voorkeurspositie boven de persoon die niet de juridische ouder is.

24
25

HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3639.
Rb. Oost-Brabant 29 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:388.

Dit betekent voor het kind: het kind dat feitelijk wordt verzorgd en opgevoed door zijn geboortemoeder en haar (nieuwe) partner, die niet de juridische ouder van het kind is, en onder hun gezag staat, bevindt zich in een vergelijkbare positie als kinderen die in het gezin van twee juridische ouders met gezag opgroeien. Het kind weet naar wie het zich moet richten. De juridische en de feitelijke opvoedingssituatie komen overeen. In de situatie waarin het kind nog een andere juridische ouder heeft, is het gezamenlijk gezag met de nieuwe partner minder gemakkelijk te verkrijgen. Dit betekent dat de andere juridische ouder, die mogelijk wat op afstand is komen te staan, meer bij het leven van het kind betrokken kan blijven dan wanneer de nieuwe partner een gezagsrol krijgt. Het kind heeft geen mogelijkheden om zelf aan de rechter te vragen om ervoor te zorgen dat het onder gezag van zijn feitelijke verzorgers en opvoeders komt te staan. Het kind is daarvoor in eerste instantie afhankelijk van het initiatief dat de volwassenen daartoe al dan niet nemen. Verder moet ook nog aan de wettelijke voorwaarden kunnen worden voldaan.

Dit betekent voor de volwassenen: de personen die het kind feitelijk verzorgen en opvoeden, kunnen samen beslissingen over het kind nemen en zijn daarin gelijkwaardig ten opzichte van elkaar.

7.2.4 VOOGDIJ

Als een kind bij zijn geboorte niet onder gezag van zijn ouders of een van hen staat of kan komen te staan,²⁶ moet door de rechter in het gezag worden voorzien. Zie voor de situatie waarin het kind nog een andere juridische ouder heeft, par. 7.2.2.3.

Vaak wordt een definitieve voorziening in de voogdij voorafgegaan door een tijdelijke voogdij. In de periode waarin nog niet helemaal duidelijk is hoe het beste in het gezag over het kind kan worden voorzien, kunnen noodzakelijke beslissingen over het kind dan toch worden genomen.

7.2.4.1 Voogd door ouder(s) aangewezen (artikel 1:292 BW)

Een juridische ouder die zelf is belast met het gezag, kan voor het geval hij overlijdt voordat het kind meerderjarig is geworden, een voogd aanwijzen. Dit kan één persoon zijn of het kan gaan om twee personen die de voogdij gezamenlijk zullen uitoefenen. De ouders kunnen hun keuze

26

Zie par. 7.2.2.2 voor de mogelijkheid voor een juridische ouder die niet vanaf de geboorte is belast met het gezag, om dit alsnog te verkrijgen.

laten aantekenen in het gezagsregister of opnemen in hun testamenten. Komen de met gezag belaste ouders daadwerkelijk beiden te overlijden²⁷ voordat hun kind meerderjarig is, dan moet(en) om de voogdij te kunnen laten beginnen, de aangewezen persoon (personen) bij de griffie van de rechtbank de voogdij aanvaarden (artikel 1:280 aanhef en onder a BW). Gebeurt dit niet tijdig, dan zal de rechter een voogd benoemen.

7.2.4.2 Voogd door de rechter benoemd (artikel 1:295 BW)

Staat een kind niet of niet meer onder gezag van een juridische ouder en komt deze ook niet alsnog als gezagsdrager in beeld, dan benoemt de rechter een voogd. Dit kan een voor het kind bekende persoon zijn, bijvoorbeeld een pleegouder of twee pleegouders. Ook een gecertificeerde instelling kan worden belast met de voogdij. In het laatste geval is het bestuur van de Stichting bevoegd tot het nemen van de beslissingen, maar laat dit bestuur het contact en overleg met het kind over aan een medewerker die als voogdijwerker wordt aangewezen.

7.2.4.3 Automatisch ontstaan van voogdij (artikel 1:253x BW)

In zijn algemeenheid ontstaat voogdij dus niet automatisch. Om de voogdij te laten beginnen moet de voogdij eerst door de aangewezen of benoemde persoon worden aanvaard (artikel 1:280 BW). Hierop bestaat één uitzondering: als het kind onder gezamenlijk gezag staat van zijn juridische ouder en iemand anders (zie par. 7.2.3) en de juridische ouder overlijdt, is de andere persoon automatisch belast met de voogdij (artikel 1:253x lid 1 BW). Deze regeling is vergelijkbaar met die voor de situatie waarin beide juridische ouders het gezag hebben en één van beiden overlijdt. De ander heeft dan automatisch alleen het gezag (artikel 1:253f BW). In de situatie waarin het gezag gezamenlijk berustte bij een juridische ouder en iemand anders, is de voogdij van de andere persoon, die automatisch ontstaat na het overlijden van de juridische ouder, weliswaar aantastbaar als het kind nog een andere juridische ouder heeft. Maar deze andere juridische ouder heeft in dit geval geen voorkeurspositie (artikel 1:253x leden 2 en 3 BW). Bijvoorbeeld: een kind is buiten huwelijk en geregistreerd partnerschap geboren. Het is door de man erkend, waardoor deze juridisch vader is geworden. De moeder is met een andere man gehuwd en met hem een gezin gaan vormen. Zij

27

Overlijdt slechts één van de ouders die samen het gezag uitoefenen, dan heeft de andere ouder automatisch het gezag alleen (artikel 1:253f BW). Heeft de andere ouder geen gezag, dan kan hij de rechter om gezag vragen en heeft hij daarbij een voorkeurspositie (artikelen 1:253g en 253h BW).

heeft op enig moment de rechter gevraagd haar en haar echtgenoot, de stiefvader van het kind, samen te belasten met het gezag. Dat verzoek is toegewezen. Vervolgens overlijdt de moeder en de stiefvader wordt automatisch de voogd van het kind. De juridische vader van het kind kan de rechter vragen om in plaats van de stiefvader hem zelf te belasten met het gezag, waarbij de vader geen voorkeurspositie heeft.

Samenvattend en betekenis:

Er kunnen diverse redenen voor zijn dat een kind onder voogdij komt te staan. Als zijn ouders niet of niet meer de opvoedverantwoordelijkheid kunnen dragen, omdat zij overleden zijn of niet bevoegd zijn tot gezag of door de rechter niet in staat worden geacht tot uitoefening van het gezag, komt hun kind onder voogdij te staan. Dit betekent dat iemand anders dan de ouders zelf de zeggenschap over het kind heeft.

Dit betekent voor het kind: er moet iemand zijn die verantwoordelijk is voor de verzorging en opvoeding van een kind. Als een kind geen ouders meer heeft of de ouders (nog) niet voor hem kunnen zorgen, bijvoorbeeld omdat zij zelf nog niet volwassen zijn, wordt de taak om ervoor te zorgen dat het kind wordt verzorgd en opgevoed, uitgevoerd door iemand anders. Die ander kan ook een Stichting voor jeugdbescherming zijn. In dat geval heeft het kind in de praktijk te maken met een persoon die bij die stichting werkt. Maar er kunnen allerlei redenen zijn dat hij telkens met een andere persoon krijgt te maken, bijvoorbeeld omdat de eerste persoon een andere baan krijgt, de tweede persoon met pensioen gaat etc. Voor een kind kan dan onduidelijk zijn wie nu eigenlijk degene is die de beslissingen over het kind mag nemen en met wie het dus rekening moet houden.

Dit betekent voor de voogd: de voogd is ervoor verantwoordelijk dat een kind wordt verzorgd en opgevoed.

7.3 LIJNEN EN VISIE WETGEVER DOOR DE TIJD HEEN

7.3.1 HISTORIE IN VOGELVLUCHT

7.3.1.1 Algemeen

Het Burgerlijk Wetboek van 1838

Het BW van 1838 bevatte elementen uit de Code Civil, die ten tijde van de Franse overheersing gold, en het oud-vaderlandse recht. Een prominente plaats nam het eerste artikel van de vijftiende Titel 'Van de vaderlijke magt' in, waarin was bepaald dat een kind van welke leeftijd ook eerbied en ontzag aan zijn ouders was verschuldigd. Daarnaast was bepaald dat de ouders verplicht waren hun kinderen te onderhouden en op te voeden. De vader was belast met de 'vaderlijke magt', die was onderscheiden in de 'vaderlijke magt' ten opzichte van de persoon en die ten opzichte van de goederen van het kind.²⁸ De moeder mocht de vader vervangen als hij buiten de mogelijkheid was om zijn 'vaderlijke magt' uit te oefenen. De 'vaderlijke magt' duurde totdat het kind de meerderjarigheid bereikte en dat was in 1838 op drieëntwintigjarige leeftijd. Maar als het kind op jongere leeftijd trouwde, trad de meerderjarigheid op de huwelijksdag in. Ook de mogelijkheid van meerderjarigverklaring op jongere leeftijd door een rechterlijke uitspraak bestond toen al. Als een kind buiten huwelijk was geboren en het door de man was erkend, kwam het aanvankelijk alleen onder diens voogdij te staan. Was het kind alleen door de vrouw als geboortemoeder erkend,²⁹ dan stond het onder haar voogdij.³⁰ Was het ook niet door de vrouw erkend, dan voorzag de kantonrechter in de voogdij.³¹ Overleed een van de ouders, dan kwam het kind onder voogdij van de overlevende ouder te staan.³² Stond een kind aldus slechts onder voogdij van één ouder, dan werd naast die ouder een toezienend voogd benoemd, die de belangen van het kind moest waarne-

28 Hetzelfde gold voor voogdij, artikelen 441-443 BW van 1838.

29 Zie voor een toelichting op de destijds geldende regel dat een buiten huwelijk geboren kind ook door de moeder moest worden erkend, Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.

30 Artikel 1:408 BW van 1838.

31 Artikel 1:420 BW van 1838. Pas in 1948 werd ingevoerd dat een uit een ongehuwde moeder geboren kind onder haar voogdij kwam te staan (Wet van 10 juli 1947, *Stb.* 1947, H 232).

32 Artikel 1:400 BW van 1838. De vader had nog een expliciete bevoegdheid: hij kon in zijn testament of bij notariële akte bepalen dat hij, voor het geval hij zou komen te overlijden, aan de moeder een bijzondere raadsman toevoegde 'zonder wiens toestemming zij geen daad, de voogdij betreffende, zal kunnen verrigten, behoudens haar beklag aan de arrondissements-regtbank, wanneer zij vermeent dat de weigering van den raadsman de belangen der minderjarigen benadeelt', artikel 1:401 BW van 1838.

men als die in strijd waren met de belangen van de voogd. De toeziend voogd had een aantal in de wet omschreven taken, die er feitelijk op neerkwamen dat hij de rol van klokkenluider moest vervullen als de voogd zijn taken niet naar behoren uitvoerde. Saillant detail was dat de wet uitsloot dat vrouwen tot voogd of toeziend voogd konden worden benoemd, behalve als de vrouw zelf de moeder van het kind was.³³

*Kinderwet van 1901*³⁴

De meerderjarigheidsgrens werd verlaagd naar eenentwintig jaar. De term ‘vaderlijke magt’ werd vervangen door ‘ouderlijke magt’, maar de vader bleef de ‘magt’ uitoefenen.³⁵ Verder bleef de ouderlijke macht gekoppeld aan het huwelijk. Na ontbinding van het huwelijk was sprake van oudervoogdij. In geval van overlijden ontstond automatisch de oudervoogdij van de ouder die nog in leven was. In geval van echtscheiding benoemde de rechter een van de ouders tot voogd. Naast de oudervoogd werd een toeziend voogd benoemd. De Minister van Justitie was van mening dat een individueel gezag zonder controle niet mocht bestaan.³⁶ De Tweede Kamer uitte grote bezwaren tegen het systeem waarbij slechts één van de ouders de voogdij kreeg en de ander geen enkele zeggenschap meer had. Er werd zelfs al gepleit voor een omgangsrecht voor de niet met voogdij belaste ouder, maar de minister hield voet bij stuk.³⁷

33 Artikel 1:436 BW van 1838.

34 Wet van 6 februari 1901, Stb. 1901, 62.

35 Uit de Memorie van Toelichting: ‘De Regeering heeft echter gemeend het beginsel dat in den regel de vader alleen het ouderlijk gezag uitoefent, te moeten handhaven (...) omdat naar de meening der Regeering de bestaande regeling niet door eene betere is te vervangen. In normale omstandigheden zal de invloed der vrouw groot genoeg zijn om tegen de wettelijke bevoegdheid des mans op te wegen. Bij verschil van gevoelen zal echter één van beiden moeten beslissen. Het is niet wel mogelijk bij de talrijke en dagelijks voorkomende wilsuitingen en besluiten, waarin het ouderlijk gezag zich bij de opvoeding der kinderen doet gelden, bij verschil van inzicht tusschen de ouders met vrucht de uitspraak des rechters in te roepen. Indien aan één der ouders tenslotte de wettelijke beslissing moet verblijven, zal men dan op goede gronden kunnen aantoonen dat deze eene de moeder moet zijn?’, De Vries & Van Tricht 1903, p. 57.

36 ‘(...) de ondergeteekende ziet in de ouderlijke macht een collectief, en niet een individueel gezag aan beide ouders toekomende. Zodra de band des huwelijks zóózeer is losgemaakt, dat ieder der ouders een geheel zelfstandig bestaan heeft gekregen, absoluut gescheiden van den ander en wellicht verbonden aan een derde, valt dat collectief gezag weg om plaats te maken voor een individueel gezag. Een zoodanig gezag zonder contrôle mag niet bestaan (...)’ (De Vries & Van Tricht 1903, p. 29).

37 Ten aanzien van een eventueel omgangsrecht met de niet langer met het gezag belaste ouder merkte de Minister van Justitie op: ‘dat zoodanig voorschrift kwalijk kon worden opgenomen, omdat het voor den rechter in vele gevallen zo goed als ondoenlijk zou zijn eene goede regeling omtrent het zien van het kind door den niet tot voogd benoemen vader of moeder te maken en omdat, al werd zoodanig voorschrift in de wet opgenomen, er toch geen voldoende waarborgen zouden zijn te stellen ter verzekering dat de door den rechter gemaakte regeling door den voogd zou worden nageleefd’, De Vries & Van Tricht 1903, p. 230.

Halverwege de twintigste eeuw

Naast belangrijke wijzigingen in het kinderbeschermingsmaatregelenpakket in 1922 (invoering van de ondertoezichtstelling)³⁸ volgde in 1947 de gezamenlijke uitoefening door beide ouders van de ouderlijke macht ten aanzien van de persoon van het kind.³⁹ De vader behield echter wel de beslissende stem. In geval van een conflict kreeg de moeder de bevoegdheid zich tot de kinderrechter te wenden om beslissingen van de vader ongedaan te maken. Wat het vermogen betreft, bleef nog steeds alleen de vader belast met de uitoefening van het gezag.⁴⁰ Pas in 1985 werden de met elkaar gehuwde vader en moeder gelijkgesteld en kwam de uitoefening van de ouderlijke macht aan hen beiden gezamenlijk toe.⁴¹

Gezag wordt losgekoppeld van huwelijk

In de tachtiger jaren van de twintigste eeuw ontstond steeds meer weerstand tegen de verplichte opsplitsing van het gezag in geval van echtscheiding. De rechter benoemde een van de ouders tot voogd. De andere ouder, destijds vrijwel altijd de vader, kon hooguit toezienend voogd worden en speelde daarmee vrijwel geen rol meer in het nemen van opvoedingsbeslissingen. Steeds vaker bleek dat scheidende ouders gezamenlijk met het gezag belast wilden blijven. In 1984 oordeelde de Hoge Raad dat het beginsel dat de ouderlijke macht alleen in het huwelijk mogelijk was, in strijd was met art. 8 EVRM en buiten toepassing moest blijven.⁴² In dezelfde tijd werden steeds meer kinderen geboren uit de relatie van ouders die samenwoonden en nooit gehuwd waren geweest. Ook voor deze groep ouders was gezamenlijke gezagsuitoefening niet mogelijk. Ook zij kregen in maart 1986 steun vanuit de rechtspraak met de zogenoemde lentrebode-beschikkingen.⁴³ De Hoge Raad formuleerde een aantal voorwaarden om ongehuwde ouders te belasten met de ouderlijke macht:

- het moest gaan om juridische ouders die bevoegd waren tot gezag;
- beide ouders moesten het gezamenlijk gezag willen;

38 Wet van 5 juli 1921, *Stb.* 1921, 834.

39 Wet van 10 juli 1947, *Stb.* 1947, H 232.

40 Zie voor een bespreking van de evolutie van het recht betreffende het ouderlijk gezag van de Romeinse tijd tot halverwege de twintigste eeuw: Delfos & Doek 1984.

41 Wet van 30 augustus 1984, *Stb.* 1984, 404, in werking getreden op 1 januari 1985.

42 HR 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4807, *NJ* 1985/510, m.nt. I E.A. Alkema en m.nt. II E.A.A. Luijten.

43 HR 21 maart 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9284, ECLI:NL:HR:1986:AC9285, ECLI:NL:HR:1986:AC9286, ECLI:NL:HR:1986:AC9287, *NJ* 1986/585-588, m.nt. I E.A. Alkema en m.nt. II E.A.A. Luijten.

- aannemelijk moest zijn dat tussen de ouders een goede onderlinge verstandhouding bestond. Als beide ouders samenwoonden, werd dit verondersteld zo te zijn;
- het belang van het kind mocht zich niet tegen inwilliging verzetten.

De wetgever was aan zet en kwam in 1995 met de Wet tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen.⁴⁴ Met deze wet werd de mogelijkheid ingevoerd dat ongehuwde ouders in het gezagsregister konden laten aantekenen dat zij het gezag samen wilden uitoefenen. In echtscheidingssituaties ging gelden dat de ouders eensluidend de rechter konden verzoeken gezamenlijk belast te blijven met het ouderlijk gezag. Als zij dat verzoek samen deden, werd het alleen afgewezen in geval van het bekende criterium: gegronde vrees dat de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd. Maar als de ouders het niet eens waren over het voortzetten van de gezamenlijke gezagsuitoefening, werd nog steeds een van de ouders met de voogdij belast. De andere ouder kwam er dan nog bekaaid af dan voorheen, want de rechtsfiguur van de toeziende voogdij werd ook in 1995 afgeschaft.

In de tussentijd had de Commissie Kortmann I in 1992 een advies aangeboden aan de Minister van Justitie, waarin mogelijkheden voor het registreren van buitenhuwelijkse samenlevingsvormen werden bepleit.⁴⁵ De Minister van Justitie reageerde op het advies door onder meer aan te kondigen dat hij een wet wilde voorbereiden ter invoering van een vorm van medegezag van de partner van de ouder die het eenhoofdig gezag over zijn kind had.⁴⁶ In het in mei 1994 ingediende wetsvoorstel werd de nieuwe rechtsfiguur geïntroduceerd als een van het gezag van de juridische ouder afhankelijke gezagsvorm, waarbij de juridische ouder een voorkeurspositie had en ook na een eventuele scheiding behield.⁴⁷ Tijdens de parlementaire behandeling werd het voorstel bij nota van wijziging zodanig aangepast dat de positie van de niet-ouder met die van de ouder werd gelijkgesteld. Dat leidde ook tot de nieuwe naam van de rechtsfiguur, die nog steeds bestaat: 'gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder'.⁴⁸ In dezelfde nota van wijziging

44 Wet van 6 april 1995, *Stb.* 1995, 240, in werking getreden op 2 november 1995.

45 Commissie Kortmann 1992.

46 *Kamerstukken II* 1992/93, 22700, 3, p. 19 en 22.

47 *Kamerstukken II* 1995/96, 23714, 1-3.

48 *Kamerstukken II* 1995/96, 23714, 7.

werd ook vrij abrupt voorgesteld om de net op 2 november 1995 ingevoerde nieuwe gezagsregeling na echtscheiding opnieuw te wijzigen. Voorgesteld werd om het gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding voortaan automatisch te laten doorlopen, tenzij expliciet werd verzocht om het eenhoofdig gezag. Dus in plaats van standaard voogdij van één ouder, tenzij een gezamenlijk verzoek om behoud van gezamenlijk gezag werd gedaan, werd in de wet het omgekeerde gerealiseerd, namelijk standaard gezamenlijk gezag, tenzij expliciet om eenhoofdig gezag werd verzocht. Bij amendement werd vervolgens toegevoegd dat de rechter het verzoek van de ouder(s) om eenhoofdig gezag diende te toetsen aan het belang van het kind.⁴⁹ De voorstellen leidden tot een nieuwe regeling van het gezagsrecht, die op 1 januari 1998 in werking trad.⁵⁰

Op 1 januari 2002 treedt een volgende wijziging in het gezagsrecht in werking: het gezamenlijk gezag van een ouder en zijn partner die niet de juridische ouder is, ontstaat automatisch. Voorwaarde is wel dat het kind wordt geboren binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap en het niet vóór de geboorte is erkend en dus een tweede juridische ouder heeft. Ook gedurende het geregistreerd partnerschap van de juridische ouders – dus als het kind vóór de geboorte door de geregistreerde partner is erkend – ontstond als gevolg van deze wetswijziging automatisch gezamenlijk gezag van beide juridische ouders (artikelen 1:253aa en 253sa BW).⁵¹

Gezamenlijk gezag steeds meer de norm

Met een nieuwe wijziging die op 28 februari 2009 in werking treedt, maakt de wetgever duidelijk dat gezamenlijk gezag van juridische ouders feitelijk de norm is.⁵² Zoals hiervoor aangegeven, konden juridische ouders ook buiten het huwelijk om gezamenlijk gezag verkrijgen. Maar in de praktijk behield veelal de moeder een vetorecht: als zij niet wilde meewerken aan het verkrijgen van gezamenlijk gezag, was dat gezag voor de vader niet bereikbaar. Met deze wijziging werd voor de andere juridische ouder in artikel 1:253c BW een rechtsingang geopend en kon hij de rechter niet alleen vragen om hem in plaats van de moeder te belasten met het gezag, maar ook vragen om hem samen met de moeder te belasten met het gezamenlijk gezag. De rechter kon het verzoek alleen afwijzen

49 *Kamerstukken II 1995/96, 23714, 14.*

50 *Wet van 30 oktober 1997, Stb. 1997, 506.*

51 *Wet van 4 oktober 2001, Stb. 2001, 468.*

52 *Wet van 9 oktober 2008, Stb. 2008, 410.*

op grond van het klemcriterium.⁵³ Vanwege de lange duur van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel was in de tussentijd al door de Hoge Raad beslist dat verkrijging van gezamenlijk gezag ook tegen de wil van de met eenhoofdig gezag belaste moeder mogelijk was. Dat niet toestaan was in strijd met artikel 6 in verbinding met artikel 8 EVRM, aldus de Hoge Raad.⁵⁴

Voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding

De laatste ingrijpende wijziging in het gezagsrecht dateert van 1 maart 2009.⁵⁵ Deze wet verplichtte ouders die uit elkaar gaan – echtscheiding, ontbinding van het geregistreerd partnerschap, maar ook beëindiging van een niet-geformaliseerde relatie – om een ouderschapsplan op te stellen, waarin afspraken worden vastgelegd over de verdere verzorging en opvoeding van hun kind. In geval van een echtscheiding of ontbinding van een geregistreerd partnerschap betekent het nalaten van het overleggen van een ouderschapsplan in beginsel dat het echtscheidingsverzoek of het verzoek tot ontbinding van het geregistreerd partnerschap niet verder in behandeling wordt genomen.⁵⁶ Verder zijn na amendering door de Tweede Kamer aan artikel 1:247 BW drie leden toegevoegd, waarmee de indiener van het amendement beoogde gelijkwaardig ouderschap te realiseren.⁵⁷ Vanuit de gedachte dat het in het belang van het kind is om contact te hebben met beide ouders en door hen te worden verzorgd en opgevoed, is bepaald dat de ene ouder verplicht is de ontwikkeling van de band van het kind met de andere ouder te bevorderen en dat ook de ouder zonder gezag de plicht heeft omgang te hebben

53 Het klemcriterium houdt in dat er naar het oordeel van de rechter sprake is van het onaanvaardbare risico dat het kind bij gezamenlijk gezag klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet is te verwachten dat hierin binnen afzienbare termijn verbetering komt of wanneer het anderszins noodzakelijk is in het belang van het kind om het verzoek af te wijzen.

54 HR 27 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS7054, NJ 2005/485, m.nt. J. de Boer en HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0655.

55 Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500.

56 Het nieuwe zesde lid van artikel 815 Rv bepaalt dat, als het ouderschapsplan redelijkerwijs niet kan worden overgelegd, kan worden volstaan met overlegging van andere stukken of op andere wijze daarin kan worden voorzien, een en ander ter beoordeling van de rechter. Dit betekent dat, als bijvoorbeeld sprake is van het totaal ontbreken van de mogelijkheid tot enige communicatie tussen de ouders, bijvoorbeeld als gevolg van ernstig huiselijk geweld of als de andere ouder met onbekende bestemming is vertrokken, de rechter kan accepteren dat overlegging van een door beide ouders ondertekend ouderschapsplan niet mogelijk is en de procedure niettemin kan worden voortgezet. Bovendien kan de rechter een 'ouderschapsregeling' vaststellen als de ouders het over bepaalde onderwerpen niet eens zijn; zo bezigt de Hoge Raad deze term in HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:847, NJ 2013/558, m.nt. S.F.M. Wortmann (r.o. 3.5.2, laatste volzin).

57 Nuytinck 2008.

met zijn kind (artikel 1:377a lid 1 tweede volzin BW).⁵⁸ Tot slot is met deze wetswijziging de geschillenregeling van artikel 1:253a BW uitgebreid. Niet alleen kunnen de met gezamenlijk gezag belaste ouders een geschil aan de rechter voorleggen, maar ook kunnen zij de rechter vragen een zorgregeling vast te stellen. Een zorgregeling kan een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken bevatten – onder meer wanneer is het kind bij welke ouder –, een beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft en een informatie- en consultatieregeling.⁵⁹

7.3.1.2 De ontwikkelingen vanuit het perspectief van het kind

Waar het buiten huwelijk geboren kind in het afstammingsrecht gedurende lange tijd een slechte positie had, verschilde zijn positie in het gezagsrecht feitelijk niet zoveel van die van binnen huwelijk geboren kinderen. Het enige onderscheid was dat binnen huwelijk geboren kinderen onder ‘vaderlijke magt’ van de ouders stonden, waarbij die macht aanvankelijk in de praktijk werd uitgeoefend door de vader of, tussen 1947 en 1985, de vader de beslissende stem had. Met andere woorden: de vader van het kind was, formeel gezien in elk geval, de baas. Alleen buiten huwelijk geboren kinderen die niet waren erkend, en kinderen van wie de vader was overleden, stonden in de regel onder voogdij van hun moeder. Toen vanaf de jaren zeventig van de twintigste eeuw vaker kinderen buiten huwelijk werden geboren en het kind automatisch onder gezag van zijn moeder kwam te staan, werd duidelijk dat in die situatie de vader weinig over het kind had te zeggen. Hij kon hooguit zijn belast met de toeziende voogdij, maar de beslissingsmacht lag bij de moeder. Het is overigens de vraag of kinderen hiervan veel merkten.

De vanaf de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw veranderende positie van vaders riep om aanpassingen van de wet, waardoor vaders ook formeel meer zeggenschap over hun kind konden krijgen of behouden in buitenhuwelijkse situaties. Het werd gemakkelijker en ook steeds meer de norm dat een kind van wie de ouders uit elkaar gingen, contact bleef houden met de vader en dat de vader zich kon blijven bemoeien met de opvoeding. Want in die tijd was nog wel in verreweg de meeste gevallen gebruikelijk dat het kind bij de moeder bleef wonen. Een scha-

58 *Kamerstukken II* 2006/07, 30145, 26.

59 Uit het gezagsrecht volgt reeds dat de met gezag belaste ouder de plicht heeft tot omgang met zijn kind; zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 12 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA9482: een contactregeling kan worden gezien als een invulling van de zorgplicht die een met gezag belaste ouder heeft.

duweffect was wel dat kinderen hierdoor meer dan voorheen werden betrokken in conflictsituaties, als hun ouders niet goed in staat waren om vorm te geven aan het feit dat zij samen ouders waren geworden en dat ook zouden blijven.

Ook voor het kind dat werd geboren in andere leefvormen dan de tot ver in de jaren zeventig van de vorige eeuw gebruikelijke met elkaar gehuwde man-vrouw-relatie, werd het stap voor stap mogelijk om meer het gevoel te krijgen dat officieel werd geaccepteerd dat het kind twee moeders of twee vaders had en dat het met betrekking tot wat het van die twee vaders of twee moeders mocht verwachten voor wat betreft de rechten en plichten die zijn verbonden aan het gezag, eenzelfde positie had als een kind dat in een traditioneel huwelijk werd geboren.

De ingrijpende wijzigingen in het gezagsrecht, die elkaar tussen 1995 en 2009 in rap tempo opvolgden, hebben ertoe geleid dat kinderen die twee juridische ouders hebben, in verreweg de meeste gevallen onder gezag van die twee personen staan. Die personen zijn voor wat betreft de rechten en plichten die het ouderschap met zich brengt, gelijkwaardig aan elkaar, waarbij de wetgever sterk normgevend voorschrijft dat zij de opvoeding en verzorging van hun kind samen vorm moeten geven en blijven geven, ongeacht hoe hun onderlinge relatie verder verloopt.

7.3.2 GRONDSLAGEN HUIDIG GEZAGSRECHT

Het gezagsrecht heeft zich, na eeuwenlang in de kern ongewijzigd te zijn gebleven, in de laatste twintig jaar zeer snel ontwikkeld. Het bleef daarmee vrij goed in de pas met de ingrijpende veranderingen in de wijze waarop het gezinsleven in Nederland was ingericht. Het gezag over kinderen was eerst en vooral gekoppeld aan het huwelijk. In het huwelijk was de man de baas, zowel over zijn vrouw als over zijn kinderen. Alleen als een kind in juridische zin geen vader had – het was buiten huwelijk geboren en niet erkend – stond het onder gezag van zijn moeder. Dat gold ook in de situatie waarin zijn vader niet in staat was tot uitoefening van het gezag of als zijn vader was overleden. Vanaf 1900 ontstond meer aandacht voor het belang van het kind. Dat werd goed zichtbaar in de Kinderwetten, waarmee de overheid onder meer de bevoegdheid kreeg om in te grijpen in het ouderlijk gezag als de belangen van kinderen

ernstig in gevaar kwamen.⁶⁰ De primaire verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding en daarmee het gezag bleef echter liggen bij de met elkaar gehuwde ouders.

Het duurde tot halverwege de jaren tachtig van de twintigste eeuw voordat die grondslag van koppeling van het gezag aan het huwelijk langzaam werd uitgebreid tot niet-huwelijkse situaties. Eerst werd het mogelijk dat juridische ouders na de echtscheiding samen het ouderlijk gezag konden behouden en vervolgens dat ook juridische ouders die nooit met elkaar gehuwd waren geweest, samen het ouderlijk gezag konden krijgen. Wel was voor gezamenlijk gezag buiten huwelijk vereist dat de juridische ouders dat beiden wilden. Was dat niet het geval, dan lag het gezag in de regel bij de ouder bij wie het kind woonde. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw kwam steeds meer het accent te liggen op zoveel mogelijk gezamenlijk gezag van juridische ouders. Waar ouders daarover zelf geen overeenstemming kunnen bereiken, kan de rechter worden gevraagd te interveniëren. De norm van zoveel mogelijk gezamenlijk gezag moet wijken als het belang van het kind om niet klem te geraten tussen zijn ouders dat vergt.

Voor met name de situatie waarin een kind slechts één juridische ouder had, werd het mogelijk dat het onder gezag van die ene ouder en een andere persoon kwam te staan. In de situatie waarin een kind niet meer door zijn eigen ouder of ouders kon worden verzorgd en in een pleeggezin woonde, kwam nadrukkelijker dan voorheen in beeld dat zijn pleegouder of pleegouders het gezag over hem kreeg of kregen. Het gezagsrecht zocht daarmee vrij plotseling aansluiting op de feitelijke gezinssituatie waarin het kind leeft.

Die laatste ontwikkelingen illustreren dat de wetgever voor wat betreft de inrichting van het gezagsrecht op twee gedachten hinkt. Aan de ene kant faciliteert de wetgever dat de personen die het kind feitelijk verzorgen en opvoeden, ook zoveel mogelijk degenen moeten zijn die de beslissingen over het kind mogen nemen. Aan de andere kant is in de gezagswetgeving een toenemende aandacht zichtbaar voor de positie van de juridische ouder die niet of niet meer de dagelijkse zorg voor

60

De Kinderwetten hadden ook een keerzijde: zij bevatten ook maatregelen om stevig in te grijpen als het belang van de samenleving ernstig in gevaar kwam door het crimineel optreden van kinderen.

het kind heeft. Met andere woorden: zou de kwalificatie van het zijn van juridisch ouder zoveel mogelijk of misschien zelfs wel automatisch de zeggenschap over het kind met zich moeten brengen? Of behoort de zeggenschap over het kind te liggen bij de persoon of personen die de dagelijkse zorg voor het kind heeft of hebben? Een duidelijke visie van de wetgever valt in de grondslagen van het huidige gezagsrecht niet te bespeuren.

Daarmee is de grondslag van het gezagsrecht nog steeds primair het huwelijk en daarnaast, als gevolg van de vrijwel volledige gelijkstelling, het geregistreerd partnerschap. In tweede instantie is de grondslag van het gezagsrecht de aansluiting bij het juridisch ouderschap, zij het dat deze aansluiting niet automatisch tot stand komt, maar wel als norm door de rechter wordt gehanteerd. In derde instantie is de grondslag voor het gezagsrecht de aansluiting bij de feitelijke verzorgingssituatie van het kind (gezag van een ouder met iemand anders samen en gezag van pleegouders), waarbij voor gezag van pleegouders geldt dat dit feitelijk alleen aan de orde is als duidelijk is dat het kind niet meer zal terugkeren in het gezin van de juridische ouders. Alleen in die specifieke situatie geniet kennelijk de aansluiting bij de feitelijke situatie de voorkeur boven de aansluiting van het gezag bij het juridisch ouderschap. Van die voorkeur is geen sprake als het kind wordt verzorgd in het gezin van de juridische ouder en diens nieuwe partner en het nog een andere juridische ouder heeft, bij wie het niet woont. In dat geval geniet de juridische ouder de voorkeur boven de nieuwe partner van de ouder bij wie het kind woont.

Samenvattend en betekenis:

Het ontstaan van gezag is in eerste instantie gekoppeld aan het huwelijk of geregistreerd partnerschap: is de relatie tussen de ouders geformaliseerd met een huwelijk of geregistreerd partnerschap, dan hoort daarbij automatisch ook het gezag. Voor buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen geldt dat zij in de regel onder gezag van hun geboortemoeder staan.

De grondslag van het gezagsrecht betekent voor het kind: de wet gaat ervan uit dat het in het belang van het kind is om zoveel mogelijk onder gezag van zijn juridische ouders te staan. Aan de andere kant heeft de wetgever er oog voor gehad dat, als de ouders niet beiden samen met het kind een gezin vormen, de uitoefening van gezamenlijk gezag kan betekenen dat het kind klem komt te zitten tussen ruziënde ouders. Dit heeft tot gevolg dat soms, ook als de ouders met het kind wél een gezin vormen, maar zij hebben nagelaten om het gezamenlijk gezag te regelen, één van de ouders, meestal de vader, geen gezag heeft. Het kan voor het kind verwarrend zijn om, als zijn ouders uit elkaar gaan, te merken dat een van zijn ouders niets over hem heeft te vertellen. Toen zijn ouders nog een stel vormden, was dat weliswaar ook al zo, maar heeft niemand daarvan waarschijnlijk iets gemerkt, omdat de beslissingen zonder formeel gezag ook wel gewoon in onderling overleg werden genomen.

De grondslag van het gezagsrecht betekent voor de ouders: het feit dat de wet uitgaat van een voorkeurspositie voor gezag bij de juridische ouders, betekent dat deze in de regel de mogelijkheid hebben om zeggenschap over het kind te hebben, te houden of, als zij dat nog niet hadden, te verkrijgen. De juridische ouder kan daarmee voorkomen dat de andere ouder in zijn eentje beslissingen over het kind neemt waarmee hij het niet eens is. Maar als de ouders fundamenteel van mening verschillen over het antwoord op de vraag hoe de opvoeding met de daarbij behorende beslissingen moet worden vormgegeven, zullen zij zich uiteindelijk moeten neerleggen bij het oordeel dat de rechter in het belang van hun kind over het gezag geeft.

7.4 MEEROUDEERGEZAG IN ANDERE LANDEN, EEN BLIK OVER DE GRENS

7.4.1 INLEIDING

In het voorgaande is het juridisch meeroudergezag niet aan de orde geweest, omdat dit in Nederland thans niet mogelijk is.⁶¹ Aan de Staatscommissie is echter onder meer gevraagd zich uit te laten over de

61 Enigszins vergelijkbaar met bepaalde vormen van meerouderschap is de met ingang van 1 januari 2015 ingevoerde mogelijkheid om enkele onderdelen van het gezag over een kind over te dragen aan een gecertificeerde instelling als het kind in het kader van een ondertoezichtstelling uit huis is geplaatst (artikel 1:265e BW). De mogelijk over te dragen onderdelen van het gezag betreffen de inschrijving op een onderwijsinstelling, toestemming voor een medische behandeling van een kind beneden de twaalf jaar of een ouder kind dat niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, en de aanvraag van een verblijfsvergunning ten behoeve van een kind.

wenselijkheid van het invoeren van de mogelijkheid dat meer dan twee personen het gezag over een kind uitoefenen, waarbij primair de vraag aan de orde dient te komen hoe het huidige wettelijke uitgangspunt dat gezag door ten hoogste twee personen kan worden uitgeoefend, wordt beoordeeld. In 2014 verscheen een in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie verricht onderzoek naar meeroudergezag, waarin de bestaande Nederlandse regeling is vergeleken met die van Engeland.⁶² Voorts heeft in opdracht van de Staatscommissie de onderzoeksgroep Persoon & Vermogen van de Universiteit Antwerpen onderzocht welke regelingen over meeroudergezag (en meerouderschap) er in verschillende andere landen bestaan.⁶³ Om een inkijkje te geven in ontwikkelingen op het terrein van het gezag buiten de Nederlandse landsgrens, worden in het navolgende de belangrijkste bevindingen van genoemde onderzoeken kort weergegeven. Meeroudergezag blijkt iets minder zeldzaam te zijn dan meerouderschap, maar komt weinig voor.

7.4.2 EUROPESE UNIE

Van de landen binnen de Europese Unie kennen alleen Engeland, Wales en Finland meeroudergezag. In Engeland en Wales ontstaat meeroudergezag door het opstellen en bij de rechtbank registreren van een *parental responsibility agreement* (een overeenkomst) of door een door de rechter uitgesproken *parental responsibility order*. Kritiek is wel geuit op het, in geval van ontstaan van meeroudergezag op basis van een bij de rechtbank geregistreerde overeenkomst, ontbreken van een stem voor het (oudere) kind, omdat de basis van het meeroudergezag de overeenkomst is die de volwassenen sluiten, en er dan geen rechter aan te pas komt.⁶⁴ Een alternatief voor de overeenkomst of de *parental responsibility order* voor niet-ouders vormt de mogelijkheid om het gezag te verkrijgen via een door de rechter gegeven *residence order*. In geval van een *residence order* is niet nodig dat de beoogde gezagsdragers het met elkaar eens zijn over het feit dat zij het gezag gezamenlijk willen uitoefenen. De rechter kan bijvoorbeeld een *residence order* verlenen aan een bekende donor met wie onenigheid is ontstaan over de ruimte die hij van de juridische ouders krijgt om een rol te spelen in het leven van het kind.⁶⁵ De beslissing die de rechter neemt, moet in het belang van

62 Antokolskaia e.a. 2014.

63 Sikorska, Kruger & Swennen 2015.

64 Antokolskaia e.a. 2014, p. 96.

65 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 44.

het kind zijn. Uit de weinige rechtspraak over dit soort situaties blijkt dat er nog geen consensus bestaat over het antwoord op de vraag hoe het belang van het kind moet worden geïnterpreteerd. In het ene geval bekleedt de rechter ook de donor met gezag over het kind, terwijl in andere gevallen het verzoek om gezag van de donor wordt afgewezen, maar wel een contactregeling wordt opgelegd.⁶⁶ Veelal gaat het over de rol van de bekende mannelijke donor tegenover de twee vrouwen die samen met het kind een gezin vormen. Alle gezagsdragers kunnen het gezag zelfstandig uitoefenen. Als een andere gezagsdrager het niet eens is met een beslissing, kan het geschil aan de rechter worden voorgelegd.⁶⁷

Ook in Finland kan de rechter het gezag opdragen aan meer dan twee personen. De rechter kan daarbij tevens de bevoegdheden die voortvloeien uit het gezag, onder de gezagsdragers verdelen.⁶⁸ In Frankrijk kan de rechter op verzoek van de juridische ouders een derde persoon belasten met het gezag. Dit kan door een verdeling van de gezagsbevoegdheden, waarbij de ouders bepaalde bevoegdheden uitoefenen en de derde uitsluitend andere bevoegdheden. Maar de drie personen kunnen ook allemaal worden belast met gelijke bevoegdheden en moeten de beslissingen over het kind gezamenlijk nemen. Voor dagelijkse handelingen geldt dan dat de derde te goeder trouw een vermoeden van instemming mag aannemen. In Frankrijk wordt discussie gevoerd over de vraag of de mogelijkheden voor meeroudergezag moeten worden uitgebreid. In de eerste plaats wordt gesproken over het invoeren van een volmacht ten behoeve van stiefouders voor dagelijkse beslissingen. In de tweede plaats wordt gezien of meeroudergezag, naast het gezag van de juridische ouders, kan worden opgedragen aan twee anderen, in plaats van één, zoals nu het geval is.⁶⁹ In Duitsland ten slotte kent men geen mogelijkheid tot volledig meeroudergezag. Wel kent men het zogenoemde *Kleine Sorgerecht*, dat kan worden uitgeoefend door een juridische ouder, samen met een echtgenoot of geregistreerde partner die niet de juridische ouder is. Het *Kleine Sorgerecht* kan alleen worden verkregen als de juridische ouder met wie het wordt uitgeoefend, het eenhoofdig gezag heeft en het betreft alleen de bevoegdheid om te beslissen over de dagelijkse aangelegenheden. Onderdeel van het *Kleine Sorgerecht* is het *Notsorgerecht*, op grond waarvan een stiefouder in geval van nood

66 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 44 en 45.

67 Antokolskaia e.a. 2014, p. 16.

68 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 46.

69 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 47 en 48.

alle maatregelen kan nemen die noodzakelijk zijn voor het welbevinden van het kind.⁷⁰

7.4.3 BUITEN DE EUROPESE UNIE

In enkele staten van de Verenigde Staten is meeroudergezag mogelijk. Men kent verschillende vormen. In Californië is het meeroudergezag, verbonden aan meerouderschap, wettelijk geregeld. Ook in Delaware bestaat een wettelijke regeling, zij het dat deze alleen meeroudergezag, naast het gezag van de juridische ouder, mogelijk maakt voor de nieuwe partner van de juridische ouder (formele of informele stiefouder), als deze gedurende langere tijd de daadwerkelijke medezorg voor het kind heeft. In Louisiana kent men de mogelijkheid van *dual-paternity* voor de verwekker, naast de echtgenoot van de moeder, die niet de verwekker is. Als de rechter *dual-paternity* vaststelt, kan hij hieraan ook gezagsbevoegdheid verbinden, maar in de praktijk betreft het dan meestal alleen een recht op omgang. In Pennsylvania en Washington D.C. kan de rechter het gezag aan drie ouders toekennen, waarbij in Washington D.C. de beperking geldt dat de derde alleen een persoon kan zijn die reeds ten minste tien maanden de feitelijke verzorger en opvoeder van het kind is.⁷¹

In British Columbia, waarin, zoals aangegeven in Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, een wettelijke mogelijkheid tot meerouderschap bestaat, brengt dit meerouderschap in beginsel ook ouderlijk gezag (*guardianship*) voor alle ouders met zich (drie of vier). De ouders kunnen hiervan afwijken door af te spreken dat zij niet allemaal gezag hebben of dat het gezag niet voor alle ouders dezelfde inhoud heeft.⁷²

In tegenstelling tot Australië, waar meeroudergezag helemaal niet mogelijk is, kan een bekende donor in Nieuw-Zeeland naast de ouders omgangsrechten met het kind krijgen en gedeeltelijke gezagsrechten op basis van een overeenkomst met de ouders, die door de rechter kan worden bevestigd. Ontstaan er conflicten, dan kan de rechtbank deze beslechten.⁷³

70 § 1687b BGB (het Duitse BW: Bürgerliches Gesetzbuch).

71 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 50.

72 Zie de artikelen 39-44 van de Family Law Act British Columbia en Vonk 2015, p. 24-27.

73 Sikorska, Kruger & Swennen 2015, p. 51 en 52.

In Argentinië, waar de mogelijkheid van meerouderschap door de rechter kan worden gecreëerd, wordt het gezag in de regel toch uitgeoefend door maximaal twee ouders. Naast hen heeft evenwel de stiefouder het recht en de plicht om dagelijkse en dringende beslissingen te nemen die normaliter onder het ouderlijk gezag vallen. Omdat beide juridische ouders een nieuwe partner kunnen hebben, betekent dit dat feitelijk sprake is van een vorm van meeroudergezag van vier personen. In geval van conflicten geeft de beslissing die de juridische ouders nemen, de doorslag.⁷⁴

7.5 BEVINDINGEN

7.5.1 INLEIDING

In het navolgende rapporteert de Staatscommissie enkele bevindingen inzake aspecten van het gezagsrecht die in de (rechts)praktijk worden ervaren. Het gezag in geval van draagmoederschap komt hier niet aan de orde. Dat wordt behandeld in Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland. De aspecten van internationaal privaatrecht worden hier evenmin behandeld. Op dat onderdeel van het recht wordt ingegaan in Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief.

Aanbevelingen over het al dan niet wijzigen van de wetgeving op deze punten worden besproken in Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie.

7.5.2 GEZAGSRECHT IS INGEWIKKELD

De Nederlandse samenleving kent tegenwoordig vele verschillende leefvormen waarin kinderen worden verzorgd en opgevoed. Tot ruimschoots halverwege de vorige eeuw werden vrijwel alle kinderen geboren binnen het huwelijk van hun ouders. Maar heel weinig kinderen werden buiten huwelijk geboren en kregen ook niet op een later tijdstip alsnog dezelfde status van wettige kinderen als de binnen huwelijk geboren kinderen. Dat beeld veranderde vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw snel. Aanvankelijk bood het gezagsrecht op die verandering geen antwoord. Maar de laatste dertig jaar – aanvankelijk in de rechtspraak, later in de wet – is het gezagsrecht, stapsgewijs, maar in rap tempo, mee veranderd met die ontwikkeling in de samenleving. Het huidige gezagsrecht kent

daarmee nu vele verschillende modaliteiten. Gezag kan automatisch ontstaan, door rechterlijke beslissing of door aanvaarding van de voogdij door een persoon die door de ouder is aangewezen om in geval van voortijdig overlijden de zorg over zijn minderjarige kind op zich te nemen. Gezag kan liggen bij één juridische ouder, bij twee juridische ouders, bij een ouder met iemand anders samen, bij één andere persoon of twee andere personen of bij een gecertificeerde instelling voor jeugdbescherming. De wettelijke regeling gaat ervan uit dat het gezag zoveel mogelijk ligt bij beide juridische ouders of bij hen kan komen te liggen. Maar als het kind geen tweede juridische ouder heeft, is de drempel voor gezagsver verkrijging door één juridische ouder samen met iemand anders laag. Het bestaan van al die verschillende vormen en de vele mogelijkheden om verandering te brengen in een bestaande gezagssituatie maken het gezagsrecht voor de ouders of anderen die de zorg voor een kind hebben of krijgen, lastig te doorgronden.

Samenvattend en betekenis:

De manier waarop mensen hun gezinsleven inrichten, is de laatste vijftig jaar in Nederland ingrijpend veranderd. Waar vroeger het huwelijk – dat was voorbehouden aan een man en een vrouw – eigenlijk de enige manier was om vorm te geven aan een gezin, bestaan er tegenwoordig vele verschillende leefvormen. De wetgever heeft met name de laatste twintig jaar geprobeerd het gezagsrecht op deze ontwikkelingen te laten aansluiten. Door de vele verschillende mogelijkheden is het gezagsrecht daarmee complex geworden en in elk geval voor menig burger niet eenvoudig te begrijpen.

Dit betekent voor het kind: een kind is afhankelijk van hoe zijn ouders hun gezin juridisch vormgeven. Het hangt af van de keuze van zijn ouders om wel of geen huwelijk/geregistreerd partnerschap te sluiten en wel of geen gezamenlijk gezag te regelen, hoe in het gezag over het kind is voorzien. Mogelijk zijn de ouders zich niet ervan bewust hoe hun relatie juridisch in elkaar zit en welke gevolgen dat allemaal heeft. Ook het kind kan daardoor, als er problemen in het gezin ontstaan, tot de ontdekking komen dat de ene ouder meer heeft te zeggen dan de andere ouder.

Dit betekent voor de ouders: ouders kunnen zich zeer wel pas bewust worden van de consequenties van het al dan niet hebben van gezag over hun kind als er problemen ontstaan.

7.5.3 KENBAARHEID GEZAG VOOR DERDEN

Voor derden is niet altijd goed kenbaar wie is belast met het gezag over het kind. Raadpleging van het in artikel 1:244 BW bedoelde gezagsregister levert lang niet altijd de benodigde informatie op. Dit komt voornamelijk doordat gezag dat automatisch is ontstaan, niet in het gezagsregister wordt bijgehouden. In artikel 2 van het Besluit gezagsregisters is bepaald welke zogenoemde rechtsfeiten die betrekking hebben op de uitoefening van het gezag, worden aangetekend. Dat zijn in de eerste plaats de aantekeningen die de juridische ouders zelf laten maken als zij het gezag gezamenlijk uitoefenen (zie hiervoor par. 7.2.2.2). Verder worden rechterlijke beslissingen over het gezag in het register bijgehouden en bijvoorbeeld de bereidverklaring van een voogd om de voogdij op zich te nemen. Als zich geen van deze bijzondere rechtsfeiten heeft voorgedaan, levert raadpleging van het gezagsregister op dat geen aantekening van gezag over het kind in het gezagsregister is gedaan. Dit betekent dat degene die wil weten wie met het gezag is belast, dat in die gevallen zelf uit de omstandigheden moet afleiden. Dat blijkt in de praktijk niet altijd even eenvoudig. Hij zal tal van vragen moeten stellen, zoals de vraag of degene die het kind begeleidt, de juridische ouder is, of die is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft en zo ja, doorvragen of de echtgenoot/geregistreerde partner een man of een vrouw is. Soms is ook relevant in welke volgorde de gebeurtenissen zich hebben afgespeeld: eerst is het huwelijk/geregistreerd partnerschap aangegaan en daarna is het kind geboren of andersom. Ook kan verschil maken dat het kind in het buitenland is geboren en uit de toepasselijke regels van het internationaal privaatrecht moet worden afgeleid onder wiens gezag het kind staat (zie hiervoor Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief). Een ander probleem met het gezagsregister is dat het voor derden, zoals bijvoorbeeld artsen die willen weten wie toestemming moet geven voor een medische behandeling bij een kind, niet zonder meer is te raadplegen. Sommige instanties hebben gelet op hun taken digitaal toegang tot het register. Dat zijn bijvoorbeeld de medewerkers van de rechtspraak, het openbaar ministerie, de raad voor de kinderbescherming en ook advocaten. Anderen kunnen bij de rechtbank een uittreksel van de eventueel in het register opgenomen gegevens vragen.

Samenvattend en betekenis:

Soms is het voor een buitenstaander van belang om te weten wie de beslissingen over een kind mag nemen. Met andere woorden: wie heeft het gezag? In de tijd dat eerst trouwen en daarna kinderen krijgen eigenlijk de enige manier was om een gezin vorm te geven, was vrijwel altijd duidelijk wie het gezag had. Dat is met alle verschillende leefvormen die wij tegenwoordig kennen, niet meer het geval. Maar voor een buitenstaander is het niet eenvoudig om erachter te komen wie nu eigenlijk het gezag heeft. Het gezagsregister kan hierbij behulpzaam zijn. Maar het gezag dat automatisch is ontstaan, staat niet in het gezagsregister vermeld. Bovendien is het gezagsregister niet zomaar voor iedereen toegankelijk.

Dit betekent voor het kind en de ouders: onduidelijkheid over het antwoord op de vraag wie gezag over het kind heeft, kan ertoe leiden dat beslissingen over het kind worden genomen, terwijl degene die de beslissing nam, daartoe niet bevoegd is of dat het kunnen nemen van een beslissing langer duurt. Eerst moet immers worden uitgezocht wie het gezag nu eigenlijk heeft.

7.5.4 BUITEN HUWELIJK/GEREGISTREERD PARTNERSCHAP GEBOREN KIND

Waar in geval van een binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind automatisch het gezamenlijk gezag van beide ouders ontstaat (artikelen 1:251 en 253aa BW), is dit niet het geval als een kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren. Het kind staat in dat geval in de regel alleen onder gezag van de geboortemoeder (artikel 1:253b BW). Om gezamenlijk gezag van beide juridische ouders te regelen, is een extra handeling nodig. De juridische ouders kunnen samen een aantekening in het gezagsregister laten plaatsen (artikel 1:252 BW). Dit kan pas na de geboorte. Zijn de ouders het er niet samen over eens dat zij het gezag gezamenlijk willen uitoefenen, dan blijft de geboortemoeder belast met het eenhoofdig gezag, tenzij de rechter op verzoek van de andere ouder beslist dat de ouders het gezag gezamenlijk zullen uitoefenen (artikel 1:253c BW). Een dergelijk verzoek wordt toegewezen, tenzij de rechter oordeelt dat het kind daardoor klem zal raken tussen de ouders. Dit zal zich met name voordoen als de ouders niet in staat zijn om samen overleg te voeren over de opvoedingsbeslissingen die over het kind zullen moeten worden genomen. Ook kunnen de juridische ouders alsnog

een huwelijk of geregistreerd partnerschap sluiten, waardoor het kind vanaf dat tijdstip onder hun gezamenlijk gezag staat.

In de praktijk blijken juridische ouders de extra stap om het gezamenlijk gezag te regelen niet altijd te zetten. Hoe groot die groep is, is niet bekend.

Er zijn twee verschillende situaties te onderscheiden. In de eerste plaats is er een groep ouders die niet op de hoogte is van het feit dat, als hun kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap is geboren, zij de extra handeling om het gezamenlijk gezag te regelen moeten verrichten. Het kan ook zijn dat de ouders niet goed begrijpen wat er van hen wordt verwacht of dat zij het wel weten, maar aan het regelen in de hectiek van de tijd na de geboorte van het kind niet toekomen en het vervolgens vergeten. Aangenomen mag worden dat deze ouders het gezamenlijk gezag wel zouden willen regelen. Het feit dat in deze situatie gezamenlijk gezag niet automatisch ontstaat, betekent dat het kind niet onder hun gezamenlijk gezag komt te staan, terwijl daarvoor eigenlijk met het oog op zijn belang geen goede rechtvaardiging bestaat.

In de tweede plaats kan het regelen van het gezamenlijk gezag uitblijven in situaties waarin de ouders het daarover niet met elkaar eens zijn. Zij hebben geen affectieve relatie met elkaar of niet meer. Het kind is, al dan niet na vervangende toestemming van de rechter, wel erkend of het ouderschap is gerechtelijk vastgesteld, maar de geboortemoeder heeft de volledige verzorging en opvoeding van het kind op zich genomen. De andere juridische ouder, meestal de vader, staat op afstand of is uit beeld verdwenen. Het kan zijn dat de andere ouder wel graag een rol in de verzorging en opvoeding van het kind zou willen spelen, maar de geboortemoeder dat niet toestaat en de andere ouder niet zover wil gaan om de zaak aan de rechter voor te leggen. Het kan ook zijn dat de rechter ziet aankomen dat het toekennen van gezamenlijk gezag, gezien de omstandigheden, zal betekenen dat het kind klem komt te zitten tussen de ouders. Maar het kan ook zijn dat de andere ouder geen interesse toont in het kind.⁷⁵ In deze situaties is er dus feitelijk wel een rechtvaar-

75

Mogelijk wordt nog wel voldaan aan de onderhoudsverplichting die elke juridische ouder jegens zijn kind heeft (artikelen 1:392 en 404 BW), vrijwillig of via rechterlijke tussenkomst en inning door het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen.

diging te geven voor het gegeven dat gezamenlijk gezag niet automatisch ontstaat.

Het feit dat het gezamenlijk gezag over buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen niet automatisch ontstaat of vóór de geboorte kan worden geregeld, leidt er in elk geval toe dat er een groep kinderen is die niet onder gezamenlijk gezag van de ouders staat. Dit kan tot gevolg hebben dat de niet met gezag belaste ouder op een gegeven moment ontdekt dat hij geen enkele zeggenschap over het kind heeft, terwijl hij die zeggenschap op dat moment wel had willen hebben. De moeder verhuist bijvoorbeeld met het kind naar de andere kant van het land of naar het buitenland, waardoor contact met het kind voor de andere ouder wordt bemoeilijkt. De andere ouder kan dan alsnog via de rechter belasting met het gezamenlijk gezag vragen, maar daarvoor is dan dus wel een gerechtelijke procedure nodig. Beslissingen die al zijn genomen en uitgevoerd, zijn in beginsel niet meer terug te draaien. Bovendien is, gelet op het feit dat er een gerechtelijke procedure nodig is, niet onwaarschijnlijk dat de communicatie tussen de ouders zodanig is verslechterd, dat van een behoorlijke gezamenlijke gezagsuitoefening geen sprake kan zijn. De rechter moet zijn beslissing veelal geven in zeer door de omstandigheden gekleurde situaties. Of hij al dan niet oordeelt dat het verkrijgen of juist het behoud van gezamenlijk gezag moet worden afgewezen, omdat hij verwacht dat het kind klem zal komen te zitten tussen de ruziënde ouders, valt niet altijd vooraf goed in te schatten. Dat brengt voor het kind veel onzekerheid met zich.

Samenvattend en betekenis:

De positie van kinderen die binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap worden geboren, verschilt van die van kinderen die buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap worden geboren. De binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen staan automatisch onder gezag van beide juridische ouders. De buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen staan onder gezag van alleen hun geboortemoeder. Als het kind is erkend, moeten de ouders die samen de zeggenschap over het kind willen, daarna nog apart het gezamenlijk gezag regelen. Eventueel kan de rechter een beslissing nemen als de ouders er samen niet uitkomen.

Dit betekent voor het kind: als de juridische ouders van een buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kind niet zelf regelen dat zij gezamenlijk gezag verkrijgen, heeft het kind eigenlijk maar één ouder naar wie het zich moet richten, naar wie het moet luisteren. In de praktijk zal het voor een kind vaak niets uitmaken of zijn ouders allebei gezag hebben of niet. Maar zodra de ouders problemen met elkaar krijgen, kan het onderscheid een rol gaan spelen en kan het betekenen dat de geboortemoeder beslissingen over het kind neemt, die door zijn andere ouder niet zijn tegen te houden. De positie van het buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kind is daarmee ongelijk aan die van het binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kind.

Dit betekent voor de ouders: van niet met elkaar gehuwde/geregistreerde ouders wordt een extra handeling verwacht om het gezamenlijk gezag te regelen. De geboortemoeder, die het gezag in de regel al automatisch krijgt, heeft daarmee een sterkere positie dan de andere ouder, die het met de geboortemoeder eens moet zien te worden over het samen aantekenen van gezamenlijk gezag of naar de rechter moet stappen. De positie van ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben, is daarmee ongelijk aan die van wél met elkaar gehuwde of geregistreerde ouders.

7.5.5 MENGVORM GEZAG BIJ JURIDISCHE OUDERS OF GEZAG BIJ FEITELIJKE VERZORGERS

Het huidige gezagsrecht gaat ervan uit dat het gezag zoveel mogelijk bij de juridische ouders berust. Dat gezamenlijk gezag ontstaat automatisch als een kind binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van zijn ouders wordt geboren. Het is ofwel laagdrempelig via aantekening in het gezagsregister, ofwel via een rechterlijke beslissing te bereiken, waarbij gezamenlijk gezag voor beide juridische ouders het uitgangspunt van de wetgever is. Dit betekent dat, als een kind niet door beide juridische ouders wordt verzorgd en opgevoed, de persoon/personen die deze verzorging op zich heeft/hebben genomen, dan niet altijd het gezag over het kind heeft/hebben of kan/kunnen krijgen. Anderzijds betekent het ook dat de juridische ouder niet altijd het gezag over het kind kan verkrijgen, omdat het kind al onder gezag van twee personen staat en het wettelijk niet mogelijk is een derde daarbij te betrekken.

Een voorbeeld ter verduidelijking over wat de gevolgen kunnen zijn van hoe het gezag in een bepaalde situatie is geregeld. Het kind woont bij de moeder en haar nieuwe partner. Het verblijft een aantal dagen per maand bij zijn vader. De vader en de moeder hebben gezamenlijk gezag. Als beide juridische ouders in staat zijn tot behoorlijk overleg over opvoedingsbeslissingen, is voor het kind duidelijk waar het aan toe is. Maar als de ouders elkaar geregeld in de haren vliegen over te nemen beslissingen, ontstaat voor het kind een onduidelijke situatie. Naar wie moet het luisteren? Met wie kan het kind ‘onderhandelen’ over dingen die het graag wil, zoals een lidmaatschap van een sportclub of het leren bespelen van een muziekinstrument, het krijgen van een nieuwe telefoon of het laten zetten van een tattoo? De nieuwe partner van zijn moeder heeft in elk geval geen formele rol. De beslissingsmacht ligt bij de juridische vader en de moeder. Mogelijk heeft het kind juist met die nieuwe partner een goede band. Maar het kan ook zijn dat het kind die persoon nog net om zich heen kan verdragen, maar hem niet als vertrouwenspersoon beschouwt en al helemaal niet wil dat deze persoon beslissingen over zijn verzorging en opvoeding kan nemen. Lastig kan het voor het kind worden als zijn moeder wil dat het naar een school gaat die vlak in de buurt ligt, maar de vader voorkeur heeft voor een school die qua reisafstand met halen en brengen meer in het midden van de afstand tussen de huizen van beide ouders ligt. Als de ouders er niet uitkomen, kunnen zij de rechter vragen een beslissing te nemen (artikel 1:253a BW). In de tussentijd kan het kind zich verscheurd voelen, omdat het begrip heeft voor de standpunten van beide ouders of juist omdat het zelf een sterke voorkeur heeft voor een van beide scholen en zich voelt gedwarsboemd door de ouder die een andere school voor hem wil. In de situatie waarin het kind nauwelijks of geen contact heeft met de vader, kan het moeilijk voor hem zijn als zijn vader bepaalde beslissingen die de moeder wil nemen, tegenhoudt. Anderzijds kan het voor een kind ook weer moeilijk zijn te aanvaarden als zijn vader, met wie het weliswaar in een bepaalde periode weinig of geen contact heeft, langzamerhand steeds verder uit zijn gezichtsveld verdwijnt. Als zijn vader betrokken blijft bij belangrijke beslissingen die over het kind moeten worden genomen, kan dit juist het gevoel bij het kind versterken dat het twee ouders heeft die ten opzichte van elkaar een gelijkwaardige positie innemen.

Samenvattend en betekenis:

De wet gaat ervan uit dat juridische ouders zoveel mogelijk samen het gezag over hun kind hebben, ongeacht of zij beiden samen met het kind een gezin vormen of niet.

Dit betekent voor het kind: voor een kind kan het van belang zijn dat de persoon of personen die het kind dagelijks meemaakt of meemaken en weet of weten wat er in zijn hoofd en hart omgaat, ook degene is of degenen zijn die, naarmate het kind ouder wordt, steeds meer in overleg met het kind beslissingen over zijn verzorging en opvoeding neemt of nemen. Maar voor een kind kan het ook van belang zijn dat juist de ouder bij wie het niet woont en met wie het, al dan niet tijdelijk, misschien ook wel geen contact heeft, toch blijft betrokken bij belangrijke beslissingen over het kind. Die ouder blijft daarmee een belangrijker onderdeel van het leven van het kind uitmaken dan wanneer hij geheel uit beeld verdwijnt.

Dit betekent voor de ouders: als twee ouders samen het gezag hebben over hun kind, zijn zij, zolang zij zich bewegen binnen de contouren van de wet, vrij om de verzorging en opvoeding van hun kind zelf samen in te richten. Als zij uit elkaar gaan, blijft dat in principe zo. Ook de ouder die in mindere mate de zorg voor het kind heeft of misschien wel helemaal geen zorgtaken verricht, houdt zijn stem. Hij loopt pas het risico die stem kwijt te raken als hij zoveel onenigheid met de andere ouder heeft over de opvoedingsbeslissingen, dat het kind daardoor in de klem raakt.

7.5.6 MAXIMAAL TWEE GEZAGSDRAGERS

Met de huidige wettelijke regeling is het niet mogelijk dat het kind onder gezag van meer dan twee personen staat. Als een kind met meerdere personen in gezinsverband leeft en door hen wordt verzorgd en opgevoed, betekent dit dat maximaal twee van die personen de zeggenschap hebben en de andere persoon of andere personen niet. Dit onderscheid in de juridische relatie van de volwassenen en het kind wordt in de praktijk wel aangeduid als ‘voorbankouders’ en ‘achterbankouders’. Vanzelfsprekend kunnen alle volwassenen met elkaar overleggen over opvoedingsbeslissingen, maar de stem van de juridische gezagsdragers geeft de doorslag. De juridische gezagsdrager zit als het ware ‘op de voorbank en aan het stuur’. De anderen hebben feitelijk alleen een adviserende

stem en 'zitten op de achterbank'. Dit kan voor het kind, voor wie dat onderscheid totaal irrelevant kan zijn, verwarrend zijn. Duidelijkheid over het antwoord op de vraag naar wie het zich heeft te richten, is met name van belang als een beslissing wordt genomen, waarbij de stem van de 'achterbankouder' geen gewicht in de schaal blijkt te leggen. De gezagsdragers besluiten bijvoorbeeld met het kind te verhuizen, waardoor de zorgrelatie met de 'achterbankouder' door de reistijd niet eenvoudig kan worden voortgezet. Niet alleen de volwassenen in deze leefvormen hebben behoefte aan een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar. Die behoefte zal zich ook bij het kind kunnen manifesteren en daarop biedt de huidige wetgeving op dit moment geen antwoord.

Samenvattend en betekenis:

Als meer dan twee volwassenen samen een kind krijgen en dat ook samen willen verzorgen en opvoeden, kunnen zij tot op zekere hoogte een keuze maken wie van de volwassenen een formele juridische relatie met het kind zullen hebben en wie niet. De positie van de geboortemoeder met het bijbehorende ouderlijk gezag staat daarbij niet ter vrije keuze. Maar wie de vacante positie van de tweede gezagsdrager inneemt met de bijbehorende rechten en plichten, kunnen de volwassenen zelf uitmaken.

Dit betekent voor het kind: als een kind drie of vier volwassenen die dagelijks voor hem zorgen, allemaal als zijn ouder beschouwt, zal het hem duidelijkheid bieden als die volwassenen in juridische zin dezelfde positie hebben. Het kind hoeft dan niet bang te zijn dat de ene persoon meer over hem zal hebben te zeggen dan de andere persoon.

Dit betekent voor de volwassenen: mogelijk voelen de volwassenen zich ten opzichte van elkaar gelijkwaardig, maar voor de wet zijn zij dat niet. Zij kunnen zich er terdege van bewust zijn dat, als het erop aankomt, de volwassene die niet de juridische ouder is en geen gezag heeft, geen stem heeft in het geheel van opvoedingsbeslissingen. Dit kan met name gaan klemmen als moeilijke beslissingen moeten worden genomen. Goed overleg daarover mag wenselijk zijn, maar is niet verplicht. Als degenen die het gezag hebben, het maar met elkaar eens zijn, kunnen de beslissingen worden genomen. De niet met gezag belaste persoon kan eenvoudig worden gepasseerd.

7.5.7 RECHTSINGANG VOOR KIND

Soms ontstaat gezag over een kind automatisch; in andere gevallen is daarvoor een handeling van de ouders of een rechterlijke uitspraak nodig. Wijziging van de gezagssituatie is meestal alleen mogelijk door een rechterlijke uitspraak, maar kan in geval van overlijden van een gezagsouder automatisch ontstaan, namelijk als de ouders gezamenlijk gezag hebben op het tijdstip waarop één van hen overlijdt. In dat geval wijzigt het gezamenlijk gezag automatisch in eenhoofdig gezag van de nog levende ouder.

De huidige wet biedt kinderen die een andere gezagsregeling wensen, weinig mogelijkheden om deze te kunnen bewerkstelligen. In artikel 1:251a lid 4 BW is bepaald dat een kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar – of jonger als hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen – de rechter informeel kan benaderen om het gezamenlijk gezag van zijn ouders om te zetten in eenhoofdig gezag. Maar dat kan alleen als sprake is of is geweest van een echtscheiding van de ouders. Het kind kan zijn vraag bij de rechter neerleggen in de echtscheidingsprocedure of op een later tijdstip en alleen als de rechter nog niet eerder een beslissing heeft genomen over het al dan niet voortduren van het gezamenlijk gezag van de ouders (zie par. 7.2.1.3 en 7.2.1.4). In andere gevallen biedt de wet geen mogelijkheden voor het kind om te bereiken dat het gezag over hem wordt gewijzigd. Dat het kind maar beperkt toegang tot de rechter heeft, kan met name een probleem vormen als de ouders in een zogenoemde ‘vechtscheiding’ zijn verwickeld geraakt en deze blijft voortduren.

Als een volwassene een procedure over het gezag aanspant, krijgt het kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar van de rechtbank een brief toege-stuurd, waarin staat dat het met de rechter mag komen bespreken wat het zelf van de situatie vindt (artikel 809 Rv). Het kind hoeft aan deze oproep geen gevolg te geven. Als het kind liever opschrijft wat het van de situatie vindt en dat aan de rechter opstuurt, kan dat ook. Een kind dat jonger is dan twaalf jaar, wordt niet opgeroepen, maar als de rechter weet dat het kind hem graag wil spreken, kan hij wel een gesprek regelen. Een jonger kind kan de rechter ook uit zichzelf een briefje schrijven om aan te geven wat het zelf van de situatie vindt.

Maar als het gezag automatisch wijzigt, dus zonder dat de rechter daar-over een uitspraak hoeft te doen, of als de volwassenen niet het initia-

tief nemen tot het voeren van een procedure bij de rechter, kan het kind zijn stem niet laten horen. Dit kan een probleem zijn als zijn ouders het gezamenlijk gezag hebben, maar het kind met één van hen geen contact heeft. Voor allerlei beslissingen is wel de instemming of handtekening van die ouder nodig en dat kan in de praktijk voor strubbelingen zorgen. Als de ouder bij wie het kind woont, overlijdt, heeft de andere ouder vanaf dat tijdstip alleen het gezag. Daardoor wijzigt dan ook de woonplaats van het kind (artikel 1:12 lid 1 BW). Dit kan problematisch zijn als de ouder die overlijdt, een nieuwe partner had en het kind aldus in dit ‘stiefgezin’ werd verzorgd en opgevoed. De andere ouder, die automatisch het gezag over het kind heeft verkregen, is degene die bepaalt waar het kind verder zal opgroeien. De wet biedt het kind geen mogelijkheden om de rechter te vragen een andere beslissing te nemen. Schrijnend zijn de uitzonderlijke situaties waarin de ouders zijn belast met het gezamenlijk gezag en de ene ouder de andere ouder om het leven brengt. Weliswaar kan op termijn met behulp van een kindbeschermingsmaatregel een einde worden gemaakt aan het gezag van de ouder die nog leeft, maar in eerste instantie blijft het gezag gewoon berusten bij de ouder die de daad heeft begaan. Die ouder is dan bijvoorbeeld ook degene die als wettelijk vertegenwoordiger van het kind het bewind voert over het eventuele vermogen dat het kind heeft verkregen uit de nalatenschap van de om het leven gebrachte ouder, zij het dat eerstgenoemde ouder niet het ouderlijk vruchtgenot van dit vermogen heeft (artikel 1:253l in verbinding met artikel 4:3 BW).

Samenvattend en betekenis:

De wet biedt het kind zeer beperkte mogelijkheden om wijziging van het gezag over het kind via de rechter te bewerkstelligen. Het kind is daarvoor in veel gevallen afhankelijk van zijn ouders.

Dit betekent voor het kind: een kind is in de regel afhankelijk van zijn ouders om geregeld te krijgen dat het gezag over het kind wordt gewijzigd. Nemen de ouders daartoe geen van beiden het initiatief, dan blijft de gezagssituatie zoals die is en kan hierin alleen met behulp van een kindbeschermingsmaatregel verandering worden gebracht.

Dit betekent voor de ouders: als ouders zelf problemen hebben met de gezagssituatie, kunnen zij de rechter vragen om daarin wijziging aan te brengen.

7.5.8 CONCLUSIE

Het huidige gezagsrecht biedt niet altijd de mogelijkheid om de gezags-situatie van een kind op maat toe te snijden. Dit wordt mede veroorzaakt door het gegeven dat de wetgever de laatste decennia op twee gedachten is gaan hinken: enerzijds de gedachte dat het gezag zoveel mogelijk moet berusten bij de juridische ouders, en anderzijds de gedachte dat de feitelijke verzorgers van het kind zoveel mogelijk ook zelf de zeggenschap over het kind moeten hebben. Het is de vraag of het gezagsrecht zo kan worden ingericht, dat maatwerk wél mogelijk is.



08 DRAAGMOEDERSCHAP BINNEN NEDERLAND

8.1 INLEIDING

Draagmoederschap is van alle tijden. Het komt al voor bij Abraham, Sara en Hagar. Ook bij de oude Romeinen werd draagmoederschap gebruikt om de familielijn voort te zetten als een vrouw onvruchtbaar bleek. Het dragen van een kind voor een ander komt nog steeds voor, in verschillende culturen. Ook in Nederland zijn al langer verhalen bekend van vrouwen die, bijvoorbeeld voor een zus en zwager, een kind dragen.

Draagmoederschap wordt in Nederland op verschillende manieren juridisch ingekaderd. In dit hoofdstuk worden deze juridische kaders geïnventariseerd. Eerst wordt een beeld geschetst van de grondrechten die in het bijzonder van belang zijn bij draagmoederschap. Vervolgens wordt uitgelegd welke regels gelden voor IVF-klinieken die IVF-draagmoederschap aanbieden. Daarna worden de juridische routes beschreven waarlangs de wensouders de juridische ouders van het kind kunnen worden. Die routes gelden voor zowel traditioneel als IVF-draagmoederschap. Dan wordt stilgestaan bij het verbod op bemiddeling en adverteren voor draagmoederschap. Dit wordt gevolgd door een kort historisch overzicht van de ontwikkeling van het beleid rond draagmoederschap in Nederland. Ten slotte worden de bevindingen van de Staatscommissie rond draagmoederschap op een rij gezet. Op de wijze waarop wensouders als juridische ouders kunnen worden erkend als het kind is geboren uit een draagmoeder in het buitenland, wordt ingegaan in Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief.

8.2 GRONDRECHTEN EN DRAAGMOEDERSCHAP

Binnen draagmoederschapsconstructies speelt een aantal specifieke rechten in het IVRK en het EVRM een rol of krijgt een specifieke betekenis. Het biologisch proces van menselijke reproductie is gefragmenteerd geraakt; genetische verbanden en het dragen van een kind zijn, mede geholpen door de mogelijkheden tot IVF, los van elkaar komen te staan.¹ Deze fragmentatie is niet terug te vinden in het IVRK en het EVRM, maar speelt wél een rol in het denken over draagmoederschap. Hier wordt ingegaan op de rechten die specifiek bij draagmoederschap een rol

spelen. Internationaal draagmoederschap kan specifieke risico's met zich brengen voor kinderen en hun rechten en voor draagmoeders; zie daarvoor Hoofdstuk 4, Medische ontwikkelingen en ethische vragen, en Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief.

Het recht op verzorging door de 'eigen ouders' bij draagmoederschap

Kinderen hebben het recht om niet te worden gescheiden van de eigen ouders en voor zover mogelijk door hen te worden verzorgd, zoals neergelegd in artikel 9 IVRK.² In de door de Staatscommissie gehouden hoorzittingen is wel gesteld dat iedere draagmoederschapsconstructie, zeker indien de draagmoeder de leverancier van de eicel is, in strijd komt met deze rechten. Daarmee zou het begrip ouders in het IVRK beperkt worden geïnterpreteerd tot genetische ouders. Zoals reeds in Hoofdstuk 1, Belangen en rechten van het kind, is overwogen, moet worden aangenomen dat bloedverwantschap geen voorwaarde is voor een aanspraak op de bescherming van de artikelen 7 en 9 IVRK. Deze rechten gelden ook voor kinderen en hun adoptiefouders en voor het na zaad- of eiceldotatie ontstane kind in relatie tot de juridische ouders. De bescherming van de ouderlijke verzorging strekt zich, ook onder artikel 8 EVRM, uit tot ouder-kind-relaties zonder genetische verwantschap of zonder juridische verankering, het *de facto*-gezinsleven.³

Uit de uitspraken van het EHRM in de zaken *Mennesson* en *Labassee* tegen Frankrijk blijkt dat het Hof wel een bijzonder belang toekent aan de genetische band tussen wensouder en kind, als onderdeel van de identiteit van het kind: *'Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity [...], it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition there-*

2 Artikel 9 IVRK verplicht staten die partij zijn, te waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. In het geval van draagmoederschapsconstructies zal de wil van alle betrokken partijen er in beginsel op gericht zijn om het kind te scheiden van de geboortemoeder, de wil van het kind is in die gevallen nog niet aanwezig. Artikel 9 IVRK is in die gevallen niet van toepassing.

3 Zie bijvoorbeeld EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2013, 19010/07 (*X e.a./Oostenrijk*).

of'.⁴ Daarmee raakt de ouderschapsband aan het privéleven van het kind, ook als er (nog) geen sprake is van een beschermd *family life*.

Het IVRK kent naast het genoemde recht om niet te worden gescheiden van de eigen ouders ook de mogelijkheid van adoptie (artikel 21 IVRK). Landen die adoptie erkennen of toestaan, dienen daarbij wel te waarborgen dat het belang van het kind daarbij de voornaamste overweging is. Ook dienen zij te waarborgen dat de adoptie van een kind slechts wordt toegestaan indien bevoegde autoriteiten, in overeenstemming met de van toepassing zijnde wetten en procedures, op basis van grondig onderzoek daartoe hebben besloten. Bij dat besluit moeten de verhoudingen van het kind met zijn ouders, familieleden en wettige voogden zijn betrokken en waar nodig moeten de betrokkenen hiermee ook hebben ingestemd.

Het recht van het kind om de eigen ouders te kennen en door hen te worden verzorgd bestaat vanaf de geboorte.⁵ Bij draagmoederschap is dit mogelijk problematisch. Alhoewel het kind vanaf de geboorte ouders zal hebben, zijn dit, ten minste deels, niet de ouders die het kind uiteindelijk zal hebben (zie verder par. 8.4). Het staat bij een kind dat is geboren uit een draagmoeder, daarmee vast dat er een periode van onzekerheid bestaat over het antwoord op de vraag wie de juridische ouders van het kind zullen zijn. Daardoor bestaat ook het gevaar dat het kind klem of verloren raakt tussen de draagmoeder en de wensouders.⁶ Daarvan kan sprake zijn als de wensouders terugkomen op hun wens en de draagmoeder laten zitten met een kind dat zij niet zelf wenste op te voeden. Maar ook indien de draagmoeder terugkomt op haar initiële bereidheid om het kind af te staan kan het kind onderwerp worden van strijd tussen draagmoeder en wensouder om het recht op ouderschap van het kind.

De bescherming van het privéleven en 'family life' van de betrokkenen

Het recht niet te worden gescheiden van de ouders is onderdeel van het bredere recht op bescherming van het privéleven en *family life*.⁷ Of de band tussen het kind en de verschillende betrokkenen binnen een

4 EHRM 26 juni 2014, 6592/11 (*Mennesson/Frankrijk*), r.o. 100. De noodzaak de biologische relatie tussen wensvader en een kind uit een Oekraïense draagmoeder vast te stellen, werd door het Hof geaccepteerd als reden voor een (beperkte) duur van onzekerheid over de afstammingsrelatie in de ontvankelijkheidsbeslissing; zie EHRM 8 juli 2014, 29176/13 (D e.a./België), r.o. 62.

5 Zie artikel 7 IVRK.

6 Achmad 2012-2, p. 208-209.

7 Artikel 8 EVRM en artikel 16 IVRK.

draagmoederschapsconstructie binnen het beschermde *family life* valt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Genetisch ouderschap betekent nog niet automatisch dat er sprake is van *family life* tussen ouder en kind.⁸ Andersom betekent het ontbreken van genetisch ouderschap evenmin dat *family life* afwezig zou zijn. Dit laatste blijkt ook uit de uitspraak van het EHRM in de zaak Paradiso en Campanelli tegen Italië, waarin geen verwantschap bestond tussen de wensouders en het uit een draagmoeder geboren kind, maar wel een *de facto family life*. Het Hof verwijst in deze zaak expliciet naar de inbreuk op artikel 7 IVRK ter onderbouwing van het oordeel dat er tevens een ongerechtvaardigde inbreuk is gemaakt op artikel 8 EVRM.⁹ Of er nu beschermd *family life* ontstaat of niet, aangenomen moet worden dat het bestaan of juist niet ontstaan van de juridische afstammingsrelatie in alle gevallen raakt aan het eveneens beschermde privéleven van zowel het kind als de draagmoeder en mogelijk ook de wensouders. De rechten die zijn verbonden aan het bestaan van *family life*, zijn evenwel uitgebreider en meer uitgekristalliseerd dan de rechten die zijn verbonden aan het bestaan van beschermd privéleven.

Als *family life* bestaat, heeft dit tot gevolg dat het doorbreken van de ouderschapsband tussen de draagmoeder en het kind met voldoende waarborgen dient te zijn omgeven. Aangenomen kan worden dat dit in de huidige situatie waarin het ouderschap kan worden doorbroken via de reguliere adoptieprocedure, het geval is (zie verder par. 8.4). Voor de band tussen wensouders en kind heeft dit tot gevolg dat de genetisch verwante wensouder om vervangende toestemming tot erkenning zal moeten kunnen verzoeken, indien het kind enkel in familierechtelijke betrekking tot de draagmoeder staat. Is de draagmoeder gehuwd of heeft zij een geregistreerd partner, dan heeft het kind vanaf de geboorte twee juridische ouders. In dat geval zal ten minste moeten worden beoordeeld of omgang tussen de genetisch verwante wensouder en het kind in het belang van het kind is. De positie van de genetisch niet verwante wensouder is minder duidelijk beschermd onder het EHRM.

Bij de geboorte van een kind is tevens de vraag op welk tijdstip *family life* ontstaat en wanneer die band is beëindigd. De band tussen de draagmoeder en het kind valt door de geboorte van het kind binnen

het recht op bescherming van het *family life*.¹⁰ Vóór de geboorte valt de zwangerschap onder het privéleven van de draagmoeder. Nadat de ouderschapsband is doorbroken en het kind vrijwillig door de draagmoeder is overgedragen aan de wensouders, komt het *family life* tussen draagmoeder en kind ten einde.¹¹

Indien de wensouders de verzorging van het kind op zich hebben genomen, is er sprake van *family life*. Maar het Europese Hof hecht ook waarde aan het bestaan van *voorgenomen family life*, zeker waar de genetische ouder een oprechte interesse heeft getoond in het kind en het niet aan de genetische ouder is te wijten dat een juridische ouderschapsband (nog) niet is vastgesteld,¹² hetgeen doorgaans het geval zal zijn bij draagmoederschap. Ook indien de situatie van de wensouders niet binnen het recht op respect voor *family life* valt, kan naar alle waarschijnlijkheid nog wel het recht op respect voor privéleven (*private life*) worden ingeroepen, in ieder geval door de wensouder die ook de genetische ouder van het kind is.¹³

Verbod van verkoop van kinderen

Artikel 35 IVRK bepaalt dat verdragslanden alle passende maatregelen dienen te nemen ter voorkoming van de verkoop van of de handel in kinderen in welke vorm dan ook. Deze begrippen worden verder niet door het verdrag gedefinieerd. Het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderpornografie en kinderpornografie bij het IVRK biedt wel een definitie van de verkoop van kinderen: 'Iedere handeling of transactie waarbij een kind wordt overgedragen door een persoon of groep personen aan een andere persoon of groep personen tegen betaling of een andere vorm van vergoeding'. Verkoop van kinderen is dan ook iets anders dan kinderhandel. Voor kinderhandel moet er sprake zijn van uitbuiting, zoals slavernij, seksuele uitbuiting of orgaantransplantatie. Bij de verkoop van kinderen hoeft uitbuiting niet het doel te zijn.¹⁴ In de

10 EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (I.S./Duitsland), r.o. 68, EHRM 13 juni 1979, 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (Marckx/België).

11 EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (I.S./Duitsland), r.o. 68.

12 Zie voor een genetische ouder waarbij er reeds twee juridische ouders waren: EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland), r.o. 57-62. Voor een geval van draagmoederschap, waarin tevens al een periode voor het kind was gezorgd door de genetische ouder: EHRM 8 juli 2014, 29176/13 (D e.a./België).

13 Koffeman 2016, p. 37. Zie ook EHRM 21 december 2010, 20578/07 (Anayo/Duitsland), r.o. 57-62, waarin het Hof uiteindelijk het antwoord op de vraag of er sprake is van *family life* dan wel beschermd privéleven, in het midden laat.

14 Overigens kan het verkopen van een kind ook zeer wel zelfstandig als een vorm van uitbuiting worden gezien, maar het is dat niet in de zin van artikel 273f Sr.

meeste gevallen van draagmoederschap zal dat ook niet aan de orde zijn. Dan is er geen sprake van kinderhandel, maar kan er wél sprake zijn van verkoop van een kind.

Er is discussie over de vraag of betaald draagmoederschap en de verkoop van kinderen hetzelfde zijn.¹⁵ Gelet op de brede omschrijving van de verkoop van kinderen, zal betaald draagmoederschap meestal wel hieronder kunnen vallen. In de literatuur wordt wel gesteld dat bepalend is waarop de compensatie is gericht: de overdracht van het kind of compensatie voor het dragen van het kind. In dat kader wordt ook wel gewezen op de vraag op welk tijdstip de vergoeding wordt betaald,¹⁶ en op de vraag wanneer het ouderschap van de wensouders komt vast te staan. Een vergoeding die uitgaat boven daadwerkelijk gemaakte kosten, is vatbaar voor het verwijt dat sprake is van betaald draagmoederschap en kinderkoop. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de grenzen onduidelijk zijn.

Zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder

Zwanger worden voor een ander is een ingrijpende keuze; het betekent dat de draagmoeder de ongemakken en medische risico's die zijn verbonden aan de zwangerschap, voor een ander ondergaat en ook dat zij het risico loopt om achter te blijven met een kind dat zij zelf niet heeft gewenst. Het is dan ook van groot belang dat de vrouw de keuze tot draagmoederschap vrijwillig en weloverwogen neemt. Dit recht wordt ook beschermd door het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw, in het algemeen en specifiek met betrekking tot de zwangerschap.¹⁷ Draagmoederschap dat niet tot stand komt op basis van een vrije en geïnformeerde keuze kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, mogelijk worden gekwalificeerd als mensenhandel. Mensenhandel kan ook aan de orde zijn als misbruik wordt gemaakt van een kwetsbare positie. De overheid heeft zich verplicht bescherming tegen mensenhandel te bieden.¹⁸

15 Achmad gaat ervan uit dat commercieel draagmoederschap niet de koop van een kind zelf omvat, maar een vergoeding voor een verleende dienst door de draagmoeder; zie Achmad 2012-2, p. 212-213. Zie ook Freeman 1996, p. 286.

16 Tobin 2014, p. 318, Watson 2007 en Carroll 2010.

17 Door artikel 16 VN-Vrouwenverdrag en als onderdeel van haar privéleven door artikel 8 EVRM; zie EHRM 10 april 2007, 6339/05, r.o. 71, NJ 2007/459, m.nt. J. de Boer (*Evans/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM (Grote Kamer) 16 december 2010, 25579/05, r.o. 212, NJ 2011/216, m.nt. E.A. Alkema (*A, B & C/Ierland*).

18 Artikel 5 Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel, Trb. 2006, 99, Trb. 2010, 160 en Trb. 2015, 42.

Samenvattend en betekenis:

Bij draagmoederschap speelt een aantal specifieke grondrechten een rol. Dit betreft in de eerste plaats het recht van het kind om vanaf de geboorte zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Wie de ouders in dit verband zijn, wordt in de grondrechtenverdragen niet voorgeschreven. Het belang van het kind bij zekerheid en erkenning van de band met de ouders staat vast.

Het kind en alle andere betrokkenen in een draagmoederschapsconstructie hebben belang bij de band die al dan niet ontstaat tussen hen en het kind. Of die band ook als *family life* wordt beschermd, staat niet vooraf voor alle betrokkenen vast. De band tussen de draagmoeder en het kind zal vanaf de geboorte wel zijn beschermd als *family life*. De genetisch verwante wensouder heeft ook een sterke positie. Of de positie van de genetisch niet verwante wensouder ook vanaf de geboorte onder *family life* valt, is minder zeker. Indien de wensouders het kind al enige tijd verzorgen, zal de band tussen het kind en de wensouders als *de facto family life* zijn beschermd. Valt een relatie niet onder *family life*, dan valt deze zeker wel onder het eveneens beschermde privéleven (*private life*) van de betrokkenen. Daaruit vloeien evenwel minder rechten voort.

De verkoop van kinderen is verboden. Of betaald draagmoederschap onder dit begrip valt, is omstreden. Een vergoeding voor de draagmoeder die uitgaat boven daadwerkelijk gemaakte kosten, is vatbaar voor het verwijt dat sprake is van betaald draagmoederschap en kinderkoop. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de grenzen onduidelijk zijn.

De draagmoeder heeft recht op bescherming van haar zelfbeschikkingsrecht. Het is dan ook van groot belang dat de vrouw de keuze tot draagmoederschap vrijwillig en weloverwogen neemt.

8.3 TOEGANG TOT IVF-DRAAGMOEDERSCHAP IN NEDERLAND

Eisen voor IVF bij de draagmoeder

IVF-draagmoederschap is een vorm van medisch geassisteerde voortplanting. In Nederland is voor het uitvoeren van IVF-behandelingen een

vergunning nodig.¹⁹ Voor het stellen van vergunningsvoorwaarden worden door de regering verschillende argumenten genoemd. In de eerste plaats zijn voor IVF een grote deskundigheid en een goede infrastructuur nodig. Maar ook acht(te) de regering het wenselijk dat eisen worden gesteld aan de informatie aan en begeleiding van de wensouders, de behandeling van de tot stand gebrachte embryo's en de (toekomstige) belangen van het kind.²⁰

Er zijn sinds 1 maart 2016 12 klinieken actief (daarvóór 13) die een vergunning hebben voor het aanbieden van IVF-behandelingen. Aan meer klinieken is op dit moment geen behoefte.²¹

Voor IVF bij een draagmoeder gelden extra regels:²²

- de kliniek moet regels opstellen over de voorlichting aan wensouders;
- die voorlichting moet in ieder geval gaan over de mogelijke psychosociale, familierechtelijke en overige juridische gevolgen van draagmoederschap;
- de draagmoeder moet eerst al zelf een of meer kinderen hebben gekregen, voordat zij draagmoeder wordt;
- de verantwoordelijke arts moet verklaren dat voor de behandeling een medische indicatie aanwezig is; en
- er moet worden gewerkt volgens de richtlijnen van de beroepsgroep, waarbij specifiek wordt verwezen naar de NVOG Richtlijn 'Hoogtechnologisch draagmoederschap', 1999.

Richtlijn van de beroepsgroep

De beroepsgroep, de NVOG,²³ hanteerde algemene regels voor IVF-behandelingen²⁴ en een richtlijn specifiek over IVF-draagmoederschap.²⁵ Deze richtlijn is recentelijk vervangen door het NVOG-standpunt 'Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten, gedoneerde embryo's en draagmoederschap'.²⁶ In dit standpunt is de indicatie voor draagmoe-

19 Artikel 2 van de Wet op bijzondere medische verrichtingen in verbinding met art. 1 onder i van de Regeling aanwijzing bijzondere medische verrichtingen.

20 Toelichting bij het Besluit van 19 juni 2007, houdende aanwijzing van bijzondere medische verrichtingen, Stb. 2007, 238.

21 Zie art. 1 van de bijlage bij het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie.

22 Deze eisen zijn neergelegd in de artikelen 3 en 7.4 van de bijlage bij het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie.

23 Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie.

24 NVOG 1998.

25 NVOG 1999.

26 NVOG 2016.

derschap verruimd. Draagmoederschap werd eerder enkel ingezet als een 'ultimum remedium', als bij de wensmoeder de baarmoeder ontbrak of niet goed functioneerde, terwijl zij wél goed functionerende eierstokken had, of ingeval de wensmoeder leed aan een ernstige aandoening, waardoor zwangerschap voor haar levensbedreigend was. In het huidige standpunt wordt ook het niet beschikbaar zijn van een baarmoeder bij homoseksuele mannelijke wensouders als een indicatie gezien.

Het standpunt neemt in overweging dat de juridische kaders voor draagmoederschap in de huidige wetgeving beperkt zijn vastgelegd. Dit wordt als een risico gezien voor wensouders, draagmoeders en kinderen. Er wordt in het standpunt uitgegaan van een indicatiestelling in teamverband, waarbij het team bestaat uit ten minste een gynaecoloog en een GZ-psycholoog. Er dienen vooraf tussen de draagmoeder en de wensouders afspraken te worden gemaakt hoe te handelen ten aanzien van het al dan niet ondergaan van prenatale screening of diagnostiek en de uitkomsten ervan. Ook moet worden gesproken over de eventuele wens tot zwangerschapsafbreking. Verder dient de juridische voorbereiding van de adoptie te hebben plaatsgevonden vóór het starten van de behandeling.²⁷

Bij de psychologische counseling moet aandacht worden besteed aan de rollen en de wederzijdse verwachtingen van de betrokkenen in het draagmoederschapsbehandeltraject. Het standpunt wijst er daarbij op dat van belang hierbij zijn de vrijwilligheid, de onbaatzuchtigheid en de belangeloosheid van de draagmoeder.²⁸ Daarbij zou aandacht moeten worden besteed aan de eventuele rol die de draagmoeder wil spelen bij de opvoeding van het kind, en de ideeën van de wensouders daarover, de mogelijke relationele spanningen tussen draagmoeder en wensouders en hoe deze op te vangen, en de voorlichting over de ontstaansgeschiedenis aan het kind.²⁹

27 Daarnaast stelt het standpunt dat, gezien de gezondheidsrisico's die de draagmoeder neemt, bij IVF-draagmoederschap dient te worden gestreefd naar het tot stand brengen van een eenling-zwangerschap. Gezien de kleine vraag naar draagmoederschap en de complexiteit van de behandeling, zou de behandeling moeten worden gecentreerd in één of twee centra in Nederland. Zie NVOG 2016.

28 NVOG 2016, p. 43.

29 Meer in het algemeen zou aandacht moeten worden besteed aan de rol van het kind binnen breder familieverband en de verhouding van draagmoeder en wensouders met het kind; zie NVOG 2016, p. 43-44.

De eerdere richtlijn stelde als voorwaarde dat het uit het draagmoederschap ontstane kind genetisch verwant is aan zowel de wensvader als de wensmoeder. IVF-draagmoederschap met donorgameten werd uitgesloten, net als meewerken aan commercieel draagmoederschap. In het standpunt zijn deze toegangseisen versoepeld.³⁰ Vanaf het tijdstip waarop het standpunt in wetgeving is verankerd, zullen de klinieken zijn gebonden aan het standpunt in plaats van de richtlijn. Artsen zijn daarnaast via het tuchtrecht en het lidmaatschap van de NVOG ook persoonlijk gebonden aan het standpunt.

Samenvattend en betekenis:

Op grond van de vergunningsvoorwaarden voor IVF-klinieken en de eerdere richtlijnen van de beroepsgroep was IVF-draagmoederschap in Nederland alleen beschikbaar voor wensouders die zelf zowel de eicel als de zaadcel konden leveren. Inmiddels zijn de eisen in een standpunt van de beroepsgroep versoepeld. Dit standpunt dient eerst te worden verankerd in de vergunningsvoorwaarden voor IVF-klinieken, voordat deze versoepeling ook zal leiden tot een ruimere toegang tot IVF-draagmoederschap. Vervolgens zullen IVF-klinieken deze verruiming moeten implementeren.

IVF-draagmoederschap kent vele waarborgen, waardoor een soepele overdracht van het ouderschap van de draagmoeder naar de wensouders zoveel als mogelijk is verzekerd. Voor traditioneel draagmoederschap gelden geen vergelijkbare waarborgen.

Dit betekent voor het kind dat het vooralsnog bij IVF-draagmoederschap altijd een genetische band met beide wensouders heeft en dat de rechtsonzekerheid met betrekking tot de overdracht van het ouderschap beperkt blijft.

30

Wel worden nog de volgende eisen gesteld:

- de draagmoeder moet bij voorkeur zelf al een voltooid gezin hebben, zoals ook is vereist in de bijlage bij het Planningsbesluit;
- de draagmoeder mag niet ouder zijn dan 50 jaar, de leeftijdsgrens die ook geldt voor IVF in combinatie met eiceldonatie;
- voor de wensmoeder die de eicellen levert, geldt de voor eiceldonoren gebruikelijke leeftijdsgrens van 43 jaar;
- alle betrokkenen moeten vooraf worden voorgelicht over de risico's die zijn verbonden aan het traject, en over de juridische aspecten van draagmoederschap.

Dit betekent voor de draagmoeder dat zij bij IVF-draagmoederschap altijd vooraf is gescreend en dat zij op de hoogte is van het juridische traject en van de risico's die daarbij komen kijken. Het betekent ook dat zij nooit een genetische band met het kind heeft.

Dit betekent voor de wensouders dat IVF-draagmoederschap in Nederland in de nabije toekomst mogelijk ruimer beschikbaar wordt. Als deze vorm van draagmoederschap voor wensouders beschikbaar is, betekent dit dat zij vooraf zijn gescreend en dat zij op de hoogte zijn van het juridische traject en van de risico's die daarbij komen kijken.

8.4 JURIDISCH OUDERSCHAP – VAN DE DRAAGMOEDER NAAR DE WENSoudERS

Het burgerlijk recht bevat geen specifieke regeling voor draagmoederschap. Om het kind over te dragen van de draagmoeder naar de wensouders moet daarom gebruik worden gemaakt van de algemene wettelijke regelingen, van delen van het overeenkomstenrecht, van de regeling voor afstamming of adoptie en van de regeling voor het beëindigen en toekennen van gezag. Dit geldt voor zowel IVF-draagmoederschap als traditioneel draagmoederschap. Voor een uitgebreide beschrijving van de algemene wettelijke regelingen wordt hier verwezen naar Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, en Hoofdstuk 7, Gezag. In deze paragraaf wordt ingegaan op de afspraken tussen draagmoeder en wensouders en op de route die wordt bewandeld om het kind van de draagmoeder ook in juridische zin het kind van de wensouder(s) te laten zijn.

8.4.1 AFSPRAKEN TUSSEN DRAAGMOEDER EN WENSoudERS

Voordat de draagmoeder en wensouders 'met elkaar in zee' gaan, zullen zij in het algemeen goede afspraken maken over wederzijdse verwachtingen en verplichtingen. Het maken van zulke afspraken is verplicht als men gebruik maakt van IVF-draagmoederschap dat in Nederland plaatsvindt. Afspraken zullen vaak gaan over de IVF-behandeling of de bevruchting van de draagmoeder, en over het afstaan van het kind na de geboorte door de draagmoeder aan de wensouders. Maar afspraken kunnen ook gaan over de vraag welke verzekeringen door de wensouders zullen worden afgesloten en of zij een onkostenvergoeding zullen

betalen aan de draagmoeder, alsmede over het gedrag van de draagmoeder tijdens de zwangerschap: niet roken en geen drugs of alcohol gebruiken en bijvoorbeeld zich regelmatig medisch laten controleren. Al die afspraken zullen worden neergelegd in een overeenkomst. Er geldt in Nederland geen speciale regeling voor draagmoederschapsovereenkomsten.³¹ Op zo'n overeenkomst zijn daarom de algemene regels van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht van toepassing (artikelen 3:32 e.v. en 6:213 e.v. BW).

Belangrijk uitgangspunt van het overeenkomstenrecht is het beginsel van de contractsvrijheid. In principe mag iedereen overal contracten over sluiten. Toch accepteert het recht niet alle overeenkomsten. Een (deel van een) overeenkomst die in strijd is met de 'goede zeden of de openbare orde', is 'nietig',³² met andere woorden: niet rechtsgeldig, voor het recht bestaat zo'n overeenkomst niet. Een afspraak over de bevruchting of een abortus kan daarom niet worden afgedwongen. Er zal sprake zijn van strijd met artikel 11 van de Grondwet (recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam) en met artikel 8 van het EVRM en artikel 10 van de Grondwet (recht op eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer).

Daarnaast kan een overeenkomst strijdig zijn met een regeling waarvan niet mag worden afgeweken (dwingend recht). Ook in dat geval is de overeenkomst nietig of vernietigbaar. Het afstammingsrecht en het gezagsrecht zijn zulke regelingen. Een overeenkomst waarin wordt afgesproken dat het kind wordt afgestaan³³ of dat het gezag bij de wensouders ligt, heeft geen rechtsgevolg.³⁴

Andere afspraken, bijvoorbeeld over het betalen van een vergoeding van kosten of een honorarium, zijn in beginsel afdwingbaar. Een recht op schadevergoeding voor de wensouders bij het niet-nakomen van de overeenkomst door de draagmoeder bestaat niet.³⁵ Of de draagmoeder

31 Zie voor een proeve van nieuwe wetgeving inzake de draagmoederschapsovereenkomst, op te nemen in een nieuwe afdeling 7.7.6 BW (nieuwe artikelen 7:469-479 BW), met korte toelichting: Kuijper 2014, p. 249-253.

32 Artikel 3:40 lid 1 BW.

33 Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541. De rechtbank achtte de draagmoederschapsovereenkomst met betrekking tot de overdracht van het kind in strijd met zowel de wettelijke regeling van het ouderschap als de openbare orde.

34 Artikel 3:296 BW bepaalt dat een vordering tot nakoming van een verplichting uit een rechtshandeling (zoals een overeenkomst) niet door de rechter wordt toegewezen als (onder andere) de aard van de verplichting zich daartegen verzet.

35 Pluym 2015.

wel een recht heeft op schadevergoeding als de wensouders het kind niet opnemen, is niet duidelijk.³⁶ De Rechtbank Haarlem wees eerder een eis tot schadevergoeding in een dergelijke situatie af, juist omdat het opnemen van het kind niet kan worden afgedwongen.³⁷

Of afspraken nu zijn af te dwingen of niet, toch is het in het belang van de draagmoeder en de wensouders om deze goed vast te leggen. Als er onenigheid ontstaat tijdens het traject, kan men op deze afspraken terugvallen. Daardoor zal duidelijk zijn wat de intenties van partijen zijn geweest aan het begin van het traject.

8.4.2 OVERDRACHT VAN HET KIND EN HET OUDERSCHAP

Na de geboorte van het kind is de draagmoeder de juridische moeder van het kind. In Nederland geldt immers als uitgangspunt dat het moederschap van de geboortemoeder altijd vaststaat – ‘mater semper certa est’ (artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW). Dat moederschap kan niemand ontkennen. De juridische band tussen geboortemoeder en kind kan alleen worden verbroken door adoptie.

Als de draagmoeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft,³⁸ kan het zijn dat het kind al vanaf de geboorte ook een tweede ouder heeft. Dat is altijd zo als haar partner een man is. Die is namelijk automatisch (van rechtswege) de vader van het kind (artikel 1:199 aanhef en onder a BW). Is de partner van de draagmoeder een vrouw, dan is eenvoudig te voorkomen dat zij de juridische ouder wordt.³⁹

De draagmoeder en haar eventuele echtgenoot en de wensouder(s)⁴⁰ zullen vervolgens in veel gevallen juridische stappen moeten onderne-

36 Boele-Woelki e.a. 2011, onder verwijzing naar Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 34 en De Ruiter 1993, p. 85-87. Zie ook Pluym 2015.

37 Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541, r.o. 4.5: '[D]e verplichting om het kind af te nemen [is] vanwege de aard van die verplichting toch onafdwingbaar [...] [E]en recht op volledige schadevergoeding wegens schending daarvan [zou] met die onafdwingbaarheid niet goed zijn te verenigen'.

38 In de rest van de tekst wordt het geregistreerd partnerschap niet meer genoemd. Waar huwelijk staat, wordt ook het geregistreerd partnerschap bedoeld. Voor de wijze waarop de wensouders de juridische ouders worden, is er geen verschil tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap.

39 Zie artikel 1:198 lid 1 onder b BW, waaruit blijkt dat voor het ontstaan van het juridisch ouderschap van de duomoeder is vereist dat bij de aangifte van de geboorte een verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting wordt overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de zaaddonor voor de moeder(s) onbekend is (de zogenaamde 'onbekendheidsverklaring'). Wordt deze verklaring niet overgelegd, dan is de duomoeder niet automatisch de juridische moeder.

40 Waar hier wordt verwezen naar wensouders, wordt tevens bedoeld de situatie waarin er maar één wensouder is, tenzij uit de tekst anders blijkt.

men om de wensouders het kind te mogen laten meenemen naar huis. In ieder geval zullen zij een juridisch traject moeten volgen om het ouderschap van het kind over te dragen aan de wensouders. Hieronder wordt eerst ingegaan op de fysieke overdracht van het kind en vervolgens op de overdracht van het ouderschap.

Opnemen van het kind in het gezin van de wensouders

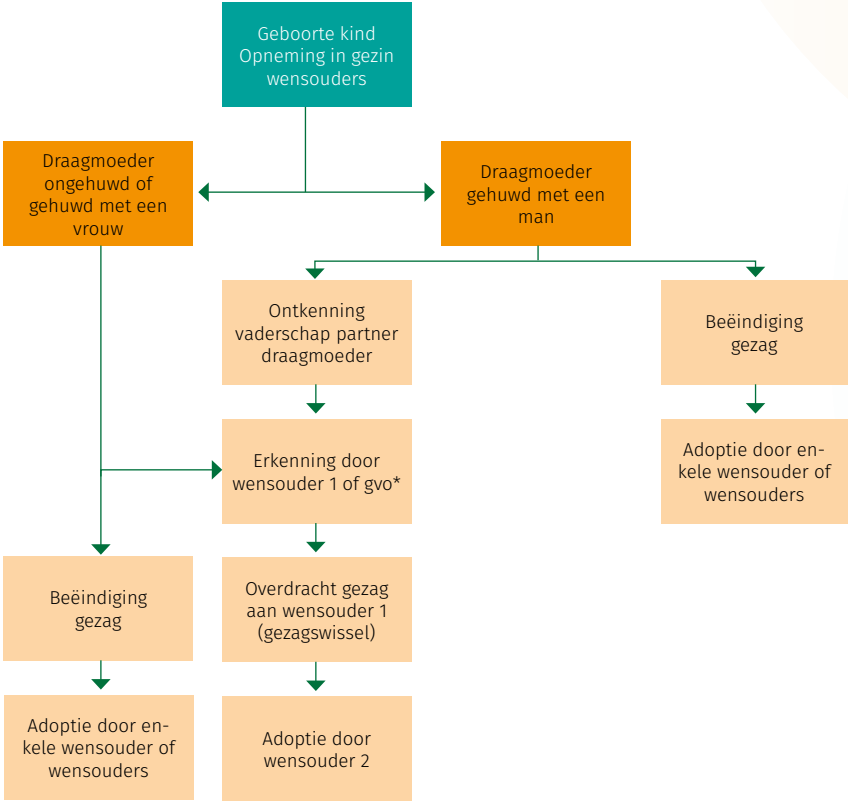
Kort na de geboorte van het kind zullen de wensouders het kind willen meenemen naar huis. Als de draagmoeder daarmee instemt, nemen de wensouders het kind op in het gezin. Dit kan zonder meer als één van de wensouders al de juridische ouder van het kind is (zie hierover de volgende paragraaf over de overdracht van het ouderschap). Het kan ook als het kind en de wensouders familie van elkaar zijn tot en met de derde graad (als de draagmoeder een zus is van een van de wensouders).⁴¹ In andere gevallen is het in Nederland niet toegestaan om de baby kort na de geboorte af te geven (zie par. 8.5). Voor het laten opnemen van een kind van jonger dan zes maanden in een ander gezin is namelijk de schriftelijke toestemming van de raad voor de kinderbescherming vereist. Voordat de raad deze toestemming geeft, zal hij eerst onderzoeken of het in het belang van het kind is dat het in het gezin van de wensouders wordt opgenomen.⁴² De raad laat daarbij meewegen of het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders. Ook weegt hij mee of het kind in de toekomst zijn genetische afstamming zal kunnen achterhalen.⁴³ Wijst de raad een verzoek om toestemming af, dan is het de wensouders de eerste zes maanden niet toegestaan om het kind in huis te nemen.

De overdracht van het ouderschap

Voor de situatie van het kind maakt het vanaf het begin uit of een van de wensouders ook vóór of direct na de geboorte juridisch ouder is. Dat is bepalend voor het antwoord op de vraag of het kind door de wensouders kan worden meegenomen naar huis om het te verzorgen en op te voeden, maar ook voor de route die zal moeten worden bewandeld om van de wensouders de juridische ouders te maken. Al deze routes gaan

41 Zie artikel 1:241 lid 3 BW, waarin voor de schriftelijke toestemming van de raad voor de kinderbescherming is bepaald dat deze nodig is als een minderjarige bij anderen dan zijn juridische ouders, voogd of bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed.
 42 Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen (ASAA), Raad voor de Kinderbescherming, 30 januari 2013, p. 12-13.
 43 In die zin dat de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is nageleefd.

uit van de medewerking van zowel de draagmoeder als de wensouders. Indien één van de betrokkenen niet wil meewerken, is het slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk dat de wensouders uiteindelijk ook beiden de juridische ouders worden én dat de juridische band met de draagmoeder wordt doorsneden. De verschillende routes zijn opgenomen in onderstaand schema.⁴⁴ Vervolgens wordt ingegaan op de situatie waarin de draagmoeder ongehuwd is of gehuwd met een vrouw, en op de situatie waarin de draagmoeder is gehuwd met een man.



* Gerechtelijke vaststelling ouderschap

44

Waar in het schema wordt verwezen naar gehuwd zijn, wordt ook bedoeld het zijn aangegaan van een geregistreerd partnerschap. Het schema is ontleend aan Boele-Woelki e.a. 2011, p. 64.



Draagmoeder ongehuwd of gehuwd met een vrouw

Is de draagmoeder ongehuwd of is zij gehuwd met een vrouw, dan zal één van de wensouders het kind al vóór de geboorte kunnen erkennen.⁴⁵ Het maakt hiervoor niet uit of de wensouder al dan niet een genetische band met het kind heeft. Door de erkenning zal deze wensouder vanaf dat tijdstip de juridische ouder van het kind zijn. Het kind kan dan direct na de geboorte worden opgenomen in het gezin van de wensouders. De draagmoeder heeft nog wél het eenhoofdig gezag over het kind. De wensouder die het kind heeft erkend, kan aan de rechtbank verzoeken om hem alleen met het gezag over het kind te belasten (gezagswissel).⁴⁶ De rechter kan dit verzoek toewijzen als dit naar zijn oordeel in het belang van het kind wenselijk is. Het is mogelijk dat de rechter hierover advies vraagt aan de raad voor de kindbescherming, maar dat hoeft niet.⁴⁷ Als het kind een jaar is opgenomen in het gezin van de wensouders en de wensouders drie jaar of langer hebben samengeleefd, kan de tweede wensouder het kind adopteren.⁴⁸ In een enkel geval heeft de Rechtbank Noord-Nederland de eis van één jaar verzorging en opvoeding doorbroken, omdat de situatie van de wensouders gelijk zou zijn aan die van lesbische moeders, voor wie de eis van één jaar verzorging en opvoeding en de eis van drie jaar samenleven niet gelden.⁴⁹

Is de wensouder alleen, dan zal hij of zij niet willen erkennen. Adoptie is immers de enige manier om de banden tussen het kind en de draagmoeder door te snijden (artikel 1:229 lid 2 BW). Om ervoor te zorgen dat niet zowel de wensouder als de draagmoeder een juridische band met het kind hebben, zal de wensouder dus willen adopteren.

Voor de adoptie zal eerst het gezag van de draagmoeder moeten worden beëindigd.⁵⁰ De wensouder en de draagmoeder kunnen dit niet zelf aan de rechter voorleggen. Alleen de raad voor de kindbescherming en het openbaar ministerie kunnen de rechter hierom verzoeken. Voordat de raad dit verzoek indient, zal hij eerst onderzoek doen. Daarbij legt de raad deels zelf ontwikkelde criteria aan om (opnieuw) te beoordelen of

45 Is de draagmoeder gehuwd met een vrouw en wordt het kind niet vóór, maar na de geboorte erkend door een van de wensouders, dan zal de partner van de draagmoeder van rechtswege zijn belast met het gezag over het kind op grond van artikel 1:253sa BW.

46 Artikel 1:253c BW.

47 Zie voor een voorbeeld waarin dit wél gebeurde: Hof Den Haag 10 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8563.

48 Artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder f en artikel 1:227 lid 2 BW.

49 Artikel 1:228 lid 3 BW. Zie Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503.

50 Artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder g BW.

de overgang van het kind naar de wensouders in het belang van het kind is.⁵¹ Zo wordt nagegaan of de wensouders en de draagmoeder nog steeds achter hun eerdere wens staan. De draagmoeder wordt ook gevraagd een afstandsverklaring te tekenen. Daarmee verklaart zij niet alleen afstand te willen doen, maar verklaart zij ook dat zij geen betaling of vergoeding heeft ontvangen voor haar toestemming tot de adoptie.⁵² Na een jaar verzorging en opvoeding van het kind heeft de wensouder ook zelfstandig de mogelijkheid om een verzoek bij de rechter in te dienen.⁵³ De rechter kan een verzoek tot beëindiging van het gezag toewijzen als een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd en de ouder niet in staat is de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding te dragen.⁵⁴ Dit criterium zal in zijn algemeenheid doorgaans niet op de draagmoeder van toepassing zijn. Toch zal dan moeten worden aangenomen dat de draagmoeder, gelet op de intenties met het draagmoederschap, niet in staat is de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind op zich te nemen binnen een voor de persoon en de ontwikkeling van het kind aanvaardbaar te achten termijn.⁵⁵ Wijst de rechter dit verzoek toe, dan zal hij in de regel de wensouders tot (gezamenlijk) voogd benoemen.⁵⁶ Ook in dit geval dient de wensouder eerst één jaar voor het kind te hebben gezorgd voordat hij het kind kan adopteren.

De adoptie moet in het kennelijk belang van het kind zijn (artikel 1:227 lid 3 BW). Hierover kan de rechter advies vragen aan de raad voor de kinderbescherming. Verder moet vaststaan dat het kind van zijn ouder in de hoedanigheid van ouder niets meer heeft te verwachten. De draagmoeder mag op het tijdstip van de adoptie geen bezwaren hebben tegen het afstaan van het kind, al kan de rechter in uitzonderingssituaties aan eventuele bezwaren voorbijgaan.⁵⁷

51 Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen (ASAA), Raad voor de Kinderbescherming, 30 januari 2013, p. 13.

52 Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen (ASAA), Raad voor de Kinderbescherming, 30 januari 2013, p. 13-14.

53 Artikel 1:267 BW.

54 Artikel 1:266 lid 1 aanhef en onder a BW.

55 Rb. Rotterdam 21 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9514.

56 Artikel 1:275 lid 3 BW.

57 Artikel 1:228 lid 1 aanhef en onder d en lid 2 BW.

Draagmoeder gehuwd met een man

Als de draagmoeder is gehuwd met een man, is het ingewikkelder voor de wensouders om de juridische ouders van het kind te worden. De man van de draagmoeder zal automatisch de (juridische) vader van het kind zijn.⁵⁸ Er zijn in dat geval twee manieren om het juridisch ouderschap over te dragen: via het afstammingsrecht of via adoptie. Welke weg wordt bewandeld, kunnen partijen zelf kiezen.⁵⁹

Kiezen de wensouders en de draagmoeder voor het afstammingsrecht, dan zal eerst de juridische band met de echtgenoot van de geboortemoeder moeten worden doorbroken. Een kind kan immers hooguit twee juridische ouders hebben. De echtgenoot van de draagmoeder zal meestal zelf geen procedure kunnen beginnen om zijn juridisch vaderschap te ontkennen. Hij heeft doorgaans immers ingestemd met het draagmoederschap. De draagmoeder kan dat evenmin.⁶⁰ Het kind kan dat wél, mits de echtgenoot van de draagmoeder niet tevens zijn genetische ouder is. Het minderjarige kind wordt daarbij vertegenwoordigd door een bijzondere curator.⁶¹ De rechtbank en de bijzondere curator moeten dan wel van oordeel zijn dat ontkenning van het vaderschap in het belang van het kind is. Gelijktijdig kan een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de wensouder worden verzocht.⁶² Vanaf dat tijdstip is de situatie vergelijkbaar met de situatie waarin de draagmoeder ongehuwd is of gehuwd met een vrouw (zie hierboven) en een wensouder heeft erkend.

58 Artikel 1:199 aanhef en onder a BW.

59 Het openbaar ministerie heeft incidenteel gesteld dat enkel adoptie een geëigende weg zou zijn bij draagmoederschap. De rechter is niet meegegaan in dat betoog; zie Rb. Amsterdam 11 februari 2015, zaaknr. C/13/550607/FA RK 13-7120, niet gepubliceerd. Zie voor een vergelijkbaar geval waarin het openbaar ministerie geen bezwaar maakte tegen de ontkenning van het vaderschap: Rb. Amsterdam 1 augustus 2012, zaaknr. C/13/491429/FA RK 11-4424, niet gepubliceerd.

60 Artikel 1:200 lid 3 BW.

61 Artikelen 1:200 lid 1 aanhef en onder b en 212 BW. Zie Rb. Den Haag 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.

62 Artikel 1:207 lid 1 BW opent de mogelijkheid van de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de verwekker of instemmende levensgezel. Bij draagmoederschap zal doorgaans de vaststelling van het ouderschap van de donor worden verzocht. Er zijn uitspraken waarin de rechtbank een bijzondere curator ontvankelijk acht in zijn verzoek om het ouderschap van een donor/wensouder vast te stellen bij draagmoederschap; zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627 en Van Mourik & Nuytinck 2015, nr. 176, voetnoot 22. De gerechtelijke vaststelling van het ouderschap zal vaak de voorkeur van de wensouders hebben boven de erkenning. De gerechtelijke vaststelling werkt immers terug tot de geboorte van het kind, terwijl de erkenning vanaf het tijdstip van de erkenning werkt (artikelen 1:203 lid 2 en 207 lid 5 eerste volzin BW).

Er kan ook worden gekozen voor adoptie. Hiervoor gelden dezelfde eisen als hierboven beschreven voor de alleenstaande wensouder.

Samenvattend en betekenis:

Het is buiten gevallen van IVF-draagmoederschap niet verplicht om afspraken over de draagmoederschapsconstructie vast te leggen. Het is in het belang van alle partijen om gemaakte afspraken vast te leggen. Toch zullen veel van de afspraken over draagmoederschap niet kunnen worden afgedwongen bij de rechter.

Als het kind wordt geboren, zal een uitvoerig juridisch traject moeten worden doorlopen voordat de wensouders ook de juridische ouders van het kind zijn. Het maakt hierbij uit of de draagmoeder is gehuwd met een man of niet. Is dat niet het geval, dan is het gemakkelijker om de wensouders snel voor het kind te laten zorgen en om ook de juridische ouders te worden.

Dit betekent voor het kind, de draagmoeder én de wensouders dat na de geboorte nog een behoorlijke tijd van juridische onzekerheid zal bestaan over het antwoord op de vraag wie de juridische ouders van het kind zullen worden.

8.5 DRAAGMOEDERSCHAP EN STRAFRECHT

8.5.1 SPECIFIEKE STRAFBEPALINGEN

Het is in Nederland niet strafbaar om (betaald of onbetaald) draagmoeder te zijn. Evenmin is het strafbaar om als wensouders met een draagmoeder af te spreken dat de draagmoeder voor de wensouders een kind baart. Wél is het strafbaar om beroeps- of bedrijfsmatig te bemiddelen tussen draagmoeder en wensouders, te adverteren voor zo'n bemiddeling en in het openbaar een draagmoeder aan te bieden of te zoeken

naar een draagmoeder (artikelen 151b⁶³ en 151c⁶⁴ van het Wetboek van Strafrecht).

De strafbepalingen hebben tot doel draagmoederschap te ontmoedigen en commercieel draagmoederschap tegen te gaan.⁶⁵ Bij de introductie van de bepalingen, in 1993, werd een verbod van draagmoederschap zelf niet handhaafbaar en onwenselijk gevonden. Het strafrecht zou zich niet moeten richten tegen diegene die juist bescherming nodig heeft: de draagmoeder.

De strafbepalingen stellen bemiddelen 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' strafbaar. Dit omvat naast elke bemiddeling met winstoogmerk ook de geregelde en stelselmatige bemiddeling zonder winstoogmerk. Incidentele bemiddeling zonder winstoogmerk valt buiten het artikel.⁶⁶ Het enkel geven van advies of informatie, bijvoorbeeld door een advocaat, een arts of de raad voor de kinderbescherming, is evenmin strafbaar.⁶⁷

63 Artikel 151b Sr luidt:

1. Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk tweeeegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft:

a. degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het tweeeegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;

b. degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht.

3. Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen.

64 Artikel 151c Sr luidt:

1. Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk tweeeegbrengt of bevordert dat een vrouw rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt in verband met de wens van die vrouw de verzorging en opvoeding van haar kind duurzaam aan een ander over te laten, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

2. Onverminderd het bepaalde in artikel 151b, eerste lid, is het eerste lid niet van toepassing

a. indien het in dat lid bedoelde tweeeegbrengen of bevorderen geschiedt door de raad voor de kinderbescherming of een door de raad daartoe aangewezen rechtspersoon;

b. indien het in dat lid bedoelde tweeeegbrengen of bevorderen een verwijzing betreft naar een organisatie als bedoeld onder a.

65 *Kamerstukken II 1991/92, 21968, 5, p. 3.*

66 *Ten Voorde 2015.*

67 Aldus de Minister van Justitie bij de behandeling van het voorstel, *Handelingen II 1992/93, 50, p. 3703.*

Omdat het moeilijk kan zijn om te bewijzen dat sprake is van draagmoederschap,⁶⁸ regelt artikel 151c Sr dat ook het bemiddelen bij het afstand doen van een kind strafbaar is. Die bemiddeling is alleen toegestaan aan de raad voor de kindbescherming of een door de raad aangewezen rechtspersoon.⁶⁹

Het in het openbaar bemiddelingsdiensten aanbieden of het in het openbaar bekendmaken dat een draagmoeder wordt gezocht of dat een draagmoeder zich aanbiedt, is altijd strafbaar. Het maakt daarvoor niet uit of dit gebeurt als beroeps- of bedrijfsactiviteit. Het maakt ook niet uit of de wensouders of draagmoeder dit zelf doen of dat anderen dit voor hen doen. Het gaat om het openbaar maken, zodat geïnteresseerden kunnen worden bereikt. Dit kan via kranten en tijdschriften, maar ook via websites of voor een beperkter publiek toegankelijke fora. Het doel van de strafbepalingen is een klimaat te voorkomen waarin commercieel draagmoederschap zich kan ontwikkelen en men buiten de kring van familie en vrienden contact zoekt. Vervolging vindt in de praktijk niet of nauwelijks plaats.⁷⁰

8.5.2 ANDERE STRAFBEPALINGEN

Betaald draagmoederschap is niet verboden in Nederland. Ook het betalen voor een kind is niet als zodanig verboden. Wel kan de ‘verkoop van een kind’ onder andere vallen onder het verbod op mensenhandel.⁷¹ Maar er zijn ook andere strafbepalingen die van belang (kunnen) zijn bij draagmoederschap. Zo stelt artikel 442a van het Wetboek van Strafrecht⁷² strafbaar om een kind van minder dan zes maanden oud als pleegkind op te nemen zonder schriftelijke toestemming van de raad voor de kindbescherming. Artikel 151a van het Wetboek van Straf-

68 Daarvoor moet immers worden bewezen dat de vrouw zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander. Die intentie zal achteraf vaak moeilijk zijn aan te tonen.

69 De raad heeft twee organisaties aangewezen: FIOM (hulp bij ongewenste zwangerschap en afstammingsvragen) en SIRIZ (hulp bij onbedoelde zwangerschap).

70 Het openbaar ministerie heeft in 1996 twee verdachten vervolgd voor overtreding van artikel 151b Sr. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 611, p. 2.

71 Artikel 237f Sr; zie voor een overzicht van andere strafbepalingen waaronder het betalen voor een kind kan vallen: Blaak e.a. z.j., 5.4, p. 1029.

72 Artikel 442a Sr luidt:

Hij die zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de raad voor de kindbescherming een kind beneden de leeftijd van zes maanden hetwelk niet onder voogdij van een rechtspersoon staat als pleegkind opneemt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie weken of geldboete van de tweede categorie.

recht⁷³ stelt het strafbaar om uit winstbejag te bevorderen dat een kind van minder dan zes maanden oud als pleegkind wordt opgenomen. Een pleegkind is een minderjarige die bij anderen dan zijn ouders, voogd of bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed.⁷⁴ Als de wensouders (nog) niet de juridische ouders van het kind zijn, kunnen zij als gevolg van deze bepalingen in de meeste gevallen het kind gedurende de eerste zes maanden na de geboorte alleen met schriftelijke toestemming van de raad voor de kinderbescherming in het gezin opnemen. Heeft de wensvader of wensmoeder het kind erkend, dan is voorafgaande toestemming van de raad voor de kinderbescherming echter niet nodig. Het kind is dan immers geen pleegkind, maar een eigen juridisch kind van de wensouder.

Als de wensouders het kind bij de burgerlijke stand aangeven alsof het is geboren uit de wensmoeder, maken zij zich schuldig aan valsheid in geschrifte (art. 227 Sr) en aan verduistering van staat (het onzeker maken van de afstamming, art. 236 Sr).⁷⁵

Het bevorderen van draagmoederschap is in de regel geen vorm van mensenhandel.⁷⁶ Als het draagmoederschap echter onder een vorm van dwang plaatsvindt in een uitbuitingssituatie, is sprake van mensenhandel in de zin van artikel 273f Sr. De Nationaal Rapporteur Mensenhandel (NRM) concludeerde in 2012 dat gedwongen draagmoederschap onder

73 Artikel 151a Sr luidt:
Hij die uit winstbejag opzettelijk bevordert dat een kind beneden de leeftijd van zes maanden hetwelk niet onder voogdij van een rechtspersoon staat, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de raad voor de kinderbescherming, als pleegkind wordt opgenomen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

74 Artikel 1:241 lid 3 BW.

75 Artikel 236 Sr luidt:
1. Hij die door enige handeling opzettelijk eens anders afstamming onzeker maakt, wordt, als schuldig aan verduistering van staat, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.
3. Vervolg heeft niet plaats dan nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven. Indien het verzoek echter door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, kan vervolging ook plaats hebben nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is.

76 *Kamerstukken II* 2014/15, 28638, 129, p. 2. Het betreft hier een brief aan de Tweede Kamer over het onderscheid tussen draagmoederschap en mensenhandel van 27 januari 2015 van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

omstandigheden mensenhandel kan zijn.⁷⁷ De NRM gaf in dit rapport aan dat, om te bepalen of sprake is van dwang, drie vragen een rol spelen:

- heeft de draagmoeder zelf de keuze gemaakt om draagmoeder te worden?
- heeft de potentiële draagmoeder de mogelijkheid om op de beslissing om draagmoeder te worden terug te komen?
- in hoeverre is de draagmoeder na de conceptie vrij om haar zwangerschap in te richten zoals zij wil?

Bij draagmoederschap kan sprake zijn van gedwongen of verplichte diensten. Een belangrijke indicatie voor uitbuiting doet zich volgens de NRM voor wanneer de financiële risico's en de gezondheidsrisico's geheel of voor een groot deel bij de draagmoeder liggen.

Wensouders zullen als klanten in de regel niet vallen onder de delictsomschrijving van artikel 273f Sr.⁷⁸ Ouders die willens en wetens gebruik maken van uitgebuite draagmoeders, kunnen echter wél vallen onder de delictsomschrijving van artikel 273f lid 1 aanhef en onder 6° Sr, profijt trekken uit mensenhandel.

Samenvattend:

In Nederland is betaald en onbetaald draagmoederschap niet strafbaar. Het bemiddelen en adverteren voor draagmoederschap is wél strafbaar. Ook is het strafbaar om te bemiddelen voor het overdragen van een kind van de juridische ouders naar een ander. Hiervoor wordt zelden iemand vervolgd.

Als de draagmoeder niet volledig vrij is in haar keuzes, kan mensenhandel aan de orde zijn. Als wordt betaald voor een kind, kan sprake zijn van verkoop van een kind, al is dit laatste niet altijd strafbaar.

77 *Mensenhandel met het oogmerk van orgaanverwijdering en gedwongen commercieel draagmoederschap*, Den Haag: NRM 2012, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 28638, 94.

78 *Mensenhandel met het oogmerk van orgaanverwijdering en gedwongen commercieel draagmoederschap*, Den Haag: NRM 2012, p. 21, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 28638, 94.

8.6 LIJNEN EN VISIE WETGEVER DOOR DE TIJD HEEN

Dit hoofdstuk begon met de stelling dat draagmoederschap een oud verschijnsel is. Toch duurde het tot na de ontwikkeling van IVF-technieken voordat dit onderwerp op de politieke agenda verscheen.⁷⁹ Op 14 september 1988 werd voor het eerst een, langverwacht, kabinetsstandpunt ingenomen over IVF en draagmoederschap.⁸⁰ Er bestonden op dat moment nog geen onderzoeksgegevens over de psychosociale gevolgen van draagmoederschap, en zeker niet over de gevolgen op langere termijn. Desondanks werden als mogelijke risico's genoemd: emotionele problemen voor de draagmoeder door de afstand van het kind, identiteitsproblemen voor het kind, verstoring van het hechtingsproces en het risico dat het kind tussen wal en schip valt, indien wensouders vóór de geboorte terugkomen op hun intentie. Deze risico's leidden het kabinet tot de mening dat draagmoederschap een ongewenst verschijnsel was. De Gezondheidsraad had voorgesteld om draagmoederschap op medische indicatie onder strikte voorwaarden mogelijk te maken. Het kabinet was het daarmee, gelet op de onzekere en zekere risico's, niet eens. Het kabinet kondigde tevens aan om bemiddeling ter zake van draagmoederschap strafbaar te zullen stellen.

Die strafbaarstelling is begin jaren negentig van de vorige eeuw tot stand gekomen. Het beleid was gericht op het tegengaan van commercieel draagmoederschap. Het doel van de nieuwe strafbepalingen⁸¹ was onder meer om te voorkomen dat draagmoeders en wensouders elkaar vinden. Draagmoederschap diende niet een normale zaak te worden. Bij de totstandkoming van de strafbepaling is nogmaals ingegaan op de vraag of de mogelijkheden voor adoptie door wensouders zouden moeten worden verruimd. Hiervoor werd niet gekozen: dit paste niet bij het streven om draagmoederschap te ontmoedigen.⁸² In de literatuur werd hierover wel gediscussieerd: zo snel mogelijk kunnen opgroeien bij de (genetisch verwante) wensouders werd in het belang van het kind geacht.⁸³ Begin jaren negentig van de vorige eeuw vroegen kinderrechtters bij de Tweede Kamer aandacht voor de wijze waarop gezag werd overge-

79 De eerste die in de Tweede Kamer over het verschijnsel draagmoederschap sprak, is het Kamerlid Schutte van het Gereformeerd Politiek Verbond (GPV), *Handelingen II* 1984/85, 26, p. 1718.

80 *Kamerstukken II* 1987/88, 20706, 2, p. 30 e.v. (de eerdergenoemde kabinetsnotitie 'Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap').

81 Artikelen 151b en 151c Sr.

82 *Kamerstukken II* 1990/91, 21968, 5, p. 8.

83 Boele-Woelki e.a. 2011, p. 51.

dragen bij draagmoederschap. Het criterium voor de ontheffing uit het gezag (tegenwoordig: beëindiging van het gezag) was niet bedoeld voor gevallen van draagmoederschap. In antwoord op Kamervragen hierover hield de Staatssecretaris van Justitie de boot af. Een wettelijke regeling zou draagmoederschap maar kunnen bevorderen.⁸⁴

Wel gaf de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in 1997 toestemming voor ideëel IVF-draagmoederschap in het kader van onderzoek. Dit was ook de aanleiding voor de beroepsgroep om te komen met een richtlijn over draagmoederschap.⁸⁵ De problemen op medisch gebied bleken in het onderzoek beperkt.⁸⁶ De onderzochte groep was echter klein en de screening was streng, zowel medisch als psychisch. Wegens gebrek aan financiering is het onderzoek per 1 juli 2004 beëindigd. Op 1 april 2006 heeft het VUmc IVF-draagmoederschap geherintroduceerd. De richtlijn van de NVOG wordt door het VUmc strikt nageleefd.

In 2008 verscheen in de Nederlandse pers een reeks verontrustende berichten over illegale praktijken rond draagmoederschap. In reactie daarop herhaalde de Minister van Justitie dat het Nederlandse beleid is gericht op het voorkomen van commercieel draagmoederschap.⁸⁷ De minister ging daarbij ook in op de achtergrond van dat beleid: *De gecompliceerde ethische en juridische vraagstukken, psychologische effecten die aan draagmoederschap zijn verbonden voor moeder en kind, zijn daarvoor de reden geweest. Ook zijn als redenen genoemd de degradatie van de draagmoeder tot een voortplantingsmachine, het risico van misbruik door de wensouders van de veelal armere en lager opgeleide draagmoeder en het gevaar van commercialisering en handel in baby's. Dit beleid wordt nog steeds gedragen, mede in het licht van artikel 7, eerste lid, van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK) en het bij dat verdrag behorend Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie. Artikel 7, eerste lid, van het Verdrag bepaalt dat een kind het recht heeft om voor zover mogelijk, zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.*⁸⁸ De minister kondigde een onderzoek aan naar aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opname van kinderen.

84 Aangangsel Handelingen II 1994/95, 622.

85 NVOG 1999.

86 Dermout 2001.

87 Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, 30, p. 2.

88 Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, 30, p. 2.

Het resultaat van dat onderzoek verscheen in 2011.⁸⁹ De onderzoekers concludeerden kort samengevat dat het Nederlandse wetgevingsbeleid consistent is in de doelstelling draagmoederschap te ontmoedigen. Het bleek moeilijk vast te stellen op welke schaal draagmoederschap in Nederland plaatsvindt. Naar aanleiding van dit onderzoek sprak de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie het voornemen uit om een expertbijeenkomst te organiseren. Dit om verder na te denken over de vraag of draagmoederschap meer of anders zou moeten worden geregeld.⁹⁰ Op 16 december 2011 stuurde de staatssecretaris een verslag van die bijeenkomst en een beleidsbrief aan de Tweede Kamer. Daarin werd een richting voor nieuw beleid gepresenteerd, met name voor de manier waarop zou worden omgegaan met buitenlands draagmoederschap. Over draagmoederschap binnen Nederland werd aangekondigd dat de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport met een standpunt zou komen over de toegang tot IVF-draagmoederschap. Dit standpunt is tot op heden niet gepubliceerd. Verder werd in deze brief betere voorlichting over de regels voor draagmoederschap aangekondigd.⁹¹

Het heeft enige tijd geduurd voordat dit beleid werd besproken met de Tweede Kamer.⁹² De vraag hoe met draagmoederschap zou moeten worden omgegaan, is ten slotte neergelegd in de opdracht aan de Staatscommissie.

Samenvattend:

Nederland heeft de afgelopen 30 jaar een consistent ontmoedigingsbeleid gevoerd ter zake van draagmoederschap. Draagmoederschap heeft, voor zover zichtbaar, in die periode ook geen grote vlucht genomen.

89 Boele-Woelki e.a. 2011.

90 *Kamerstukken II* 2010/11, 32500 VI, 83, p. 3.

91 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 VI, 69, p. 4.

92 Een bespreking hiervan vond voor het eerst plaats op 5 februari 2015 in een algemeen overleg van de vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie met de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken II* 2014/15, 28638, 131.

8.7 DRAAGMOEDERSCHAP IN ANDERE LANDEN, EEN BLIK OVER DE GRENΣ

8.7.1 INLEIDING

Met draagmoederschap wordt binnen de Europese Unie, en in de rest van de wereld, heel verschillend omgegaan. Staten hebben grofweg drie soorten reacties op draagmoederschap: reguleren, verbieden of ongeregeld laten.⁹³ Het binnenlandse beleid ten aanzien van draagmoederschap heeft – uiteraard – ook gevolgen voor de manier waarop een overheid omgaat met het ouderschap van kinderen die worden geboren uit draagmoeders in het buitenland. In de reacties van overheden ziet men dat de gevolgen van internationaal draagmoederschap worden afgeweerd, geaccommodeerd of dat het binnenlands beleid wordt aangepast om zo de vraag naar internationaal draagmoederschap te beperken.⁹⁴ De vraag hoe wordt gereageerd op in het buitenland ontstaan ouderschap, ligt op het terrein van het internationaal privaatrecht. Dat onderwerp wordt besproken in Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief. In deze paragraaf wordt enkel ingegaan op de verschillende nationale regelingen van draagmoederschap. De meeste aandacht gaat hierbij uit naar de landen waar draagmoederschap is gereguleerd.

De Staatscommissie heeft geen apart onderzoek uitgezet naar de regeling van draagmoederschap in het buitenland. Dit was niet nodig, nu er reeds verschillende publicaties beschikbaar zijn die hiervan een beeld geven.⁹⁵ Het staat vast dat iedere omschrijving van een wettelijk systeem een momentopname betreft. De Staatscommissie heeft geen inzicht in mogelijke wijzigingen die zijn aangebracht in een regeling op een tijdstip na de verschijning van de gebruikte bron. Waar meerdere bronnen beschikbaar waren met informatie over een land, is telkens gebruik gemaakt van de recentste informatie.

8.7.2 LANDEN WAARIN DRAAGMOEDERSCHAP IS GEREGULEERD

In landen waarin draagmoederschap is gereguleerd, zijn verschillende benaderingen te onderscheiden, zoals een benadering waarbij vooraf-

93 HCCH 2012, p. 8-18 en Wells-Greco 2016, p. 215-225.

94 Koffeman 2015.

95 Hiervoor is gebruik gemaakt van HCCH 2014-1 (*The Study*), Vonk 2015, Trimmings & Beaumont 2013, Wells-Greco 2016 en Boele-Woelki e.a. 2011. Daarnaast is gebruik gemaakt van diverse online-bronnen.

gaand aan het draagmoederschapstraject toestemming moet worden verkregen om het ouderschap na de geboorte direct te laten ontstaan (bijvoorbeeld Griekenland).⁹⁶ In deze benadering wordt voorafgaand aan het draagmoederschapstraject aan een aantal waarborgen getoetst, bijvoorbeeld of er een overeenkomst is gesloten, of alle partijen in vrijheid tot de gemaakte afspraken zijn gekomen en of aan andere voorwaarden voor het draagmoederschap is voldaan.

Maar ook komt een benadering voor waarbij toestemming kan worden verkregen tijdens de zwangerschap (bijvoorbeeld Californië). In andere landen wordt uitgegaan van een overdracht van het ouderschap na de geboorte zonder voorafgaande toestemming (bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk). Ook in deze benaderingen die uitgaan van toestemming na de conceptie, kan worden geveerd dat al vóór de conceptie wordt voldaan aan een aantal voorwaarden.

In veel landen wordt enkel altruïstisch draagmoederschap toegestaan, al betekent dit niet dat onkosten niet kunnen worden vergoed. Vaak bestaan flankerende strafbepalingen die betaald draagmoederschap strafbaar stellen. In veel landen is draagmoederschap enkel toegestaan als ten minste een van de wensouders een genetische band met het kind heeft.⁹⁷

Griekenland

Het plaatsen van een bevruchte eicel in het lichaam van een andere vrouw is enkel toegestaan met voorafgaande rechterlijke toestemming. Voorafgaand aan het afgeven van deze toestemming moet de rechter vaststellen dat aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Er dient een schriftelijke draagmoederschapsovereenkomst te bestaan tussen de draagmoeder en de wensouders⁹⁸ en, indien van toepassing, de man van de draagmoeder. Enkel altruïstisch draagmoederschap is toegestaan. In de praktijk blijkt de rechter vaak goedkeuring te verlenen aan draagmoederschap waarbij er sterke aanwijzingen zijn dat wél sprake is van betaald draagmoederschap.⁹⁹ Ook moeten zowel de draagmoeder als de wensouders hun gewone verblijfplaats in Griekenland hebben. De rechter toetst enkel de gestelde voorwaarden, niet de geschiktheid

96 Androulidakis-Dimitriadis & Poulou 2015, p. 92-93 en Wells-Greco 2016, p. 222.

97 HCCH 2012, p. 13-14.

98 Draagmoederschap staat niet open voor koppels van gelijk geslacht en voor alleenstaande mannen; zie Rokas 2013, p. 145.

99 Rokas 2013, p. 148 en Boele-Woelki e.a. 2011, p. 140.

van de wensouders.¹⁰⁰ Is voorafgaand aan de bevruchting een rechterlijke toestemming verkregen, dan worden de wensouders direct bij de geboorte de juridische ouders van het kind. Zijn de eicellen van de draagmoeder gebruikt voor de conceptie van het kind, dan bestaat tot zes maanden na de geboorte de mogelijkheid voor zowel de wensmoeder als de draagmoeder om het juridische ouderschap te laten aanpassen. In andere gevallen bestaat voor geen van de partijen een mogelijkheid om de eenmaal gegeven rechterlijke beslissing aan te tasten.¹⁰¹ Draagmoederschap is strafbaar als niet wordt voldaan aan de genoemde voorwaarden. Daarmee is betaald draagmoederschap in Griekenland strafbaar. Ook bemiddeling en het aanbieden van diensten als draagmoeder zijn in Griekenland verboden.¹⁰²

Californië

Californië kent een wettelijke regeling van draagmoederschap in de *Uniform Parentage Act* als onderdeel van de *California Family Code*.¹⁰³ Er bestaat een specifieke regeling voor draagmoederschapsovereenkomsten en voor bemiddelaars bij draagmoederschap.¹⁰⁴

Een genetische band tussen de wensouder of wensouders en het kind is niet vereist. Evenmin is vereist dat de wensouders hun gewone verblijfplaats in Californië hebben.¹⁰⁵

Het is daarbij mogelijk om vóór de geboorte het ouderschap van de wensouders te laten vaststellen.¹⁰⁶ Aanvragen worden doorgaans ingediend in de vierde tot zevende maand van de zwangerschap, dus na de conceptie.¹⁰⁷ Daarbij kan tevens worden vastgesteld welke naam het kind zal dragen, wie de medische beslissingen over het kind kunnen nemen en wie de kosten van de baby zullen dragen. De draagmoeder en de wensouders dienen onafhankelijk juridische ondersteuning te hebben bij de totstandkoming van de draagmoederschapsovereenkomst. Hoewel de rechterlijke beslissing vóór de geboorte wordt genomen, heeft deze pas effect na de geboorte: gedurende de zwangerschap blijft de draagmoeder volledige zeggenschap over mogelijke beslissingen houden.

In geval van onenigheid tussen de draagmoeder en de wensouders wordt

100 Rokas 2013, p. 147.

101 Rokas 2013, p. 148.

102 Boele-Woelki e.a. 2011, p. 141.

103 Artikelen 7600-7730 California Family Code.

104 Artikelen 7960-7962 California Family Code.

105 Wells-Greco 2016, p. 199.

106 Artikel 7633 California Family Code.

107 Wells-Greco 2016, p. 200.

in de jurisprudentie de nadruk gelegd op de intentie van wensouders, al speelt ook de genetische band tussen het kind en de verschillende partijen een rol.¹⁰⁸ Californië kent geen specifieke strafrechtelijke verboden in verband met draagmoederschap en commercieel draagmoederschap is toegestaan.

Oekraïne

In Oekraïne is draagmoederschap geregeld als onderdeel van het algemene recht op geassisteerde medische voortplanting.¹⁰⁹ De wettelijke regeling is daarmee gericht op IVF-draagmoederschap, voor traditioneel draagmoederschap bestaan geen wettelijke voorzieningen. Het embryo dient genetisch verwant te zijn met (ten minste één van) de *gehuwde* wensouders van verschillend geslacht en er mag geen genetische band tussen de draagmoeder en het kind bestaan. Wordt aan deze voorwaarden voldaan, dan gelden de wensouders vanaf de geboorte als de juridische ouders en worden zij zonder rechterlijke tussenkomst als zodanig geregistreerd. De wensouders dienen hiertoe een verzoek in bij het plaatselijke register van de burgerlijke stand en moeten daarbij onder andere een medische geboorteverklaring van het kind overleggen en een notariële akte waaruit de toestemming van de draagmoeder blijkt. Ook moet een certificaat worden overgelegd, waarin de genetische verwantschap van één van de ouders met het kind is vastgelegd. Zowel altruïstisch als commercieel draagmoederschap zijn toegestaan. De draagmoederschapsovereenkomst is geldig en een vordering tot nakoming kan in beginsel worden toegewezen. Er is geen jurisprudentie bekend over het antwoord op de vraag of een vordering tot nakoming kan worden toegewezen ingeval de draagmoeder weigert het kind te dragen of af te staan. De mogelijkheid dat de draagmoeder de rechter verzoekt om haar het juridisch moederschap toe te kennen, is expliciet uitgesloten.¹¹⁰

Verenigd Koninkrijk

De *Surrogacy Arrangement Act 1985* kent een strafrechtelijk verbod van commerciële bemiddeling bij en het adverteren voor draagmoederschap. Deze wet bepaalt ook dat draagmoederschapsovereenkomsten niet afdwingbaar zijn, ook niet als de draagmoeder na de geboorte het kind niet wil afstaan en het kind genetisch volledig van de wensouders afstamt.

108 Zie voor een overzicht van de belangrijkste jurisprudentie Wells-Greco 2016, p. 200-203.

109 Kuijper 2014, p. 192-195, Druzenko 2013, p. 357-365 en Boele-Woelki e.a. 2011, p. 154.

110 Artikel 139 lid 2 Oekraïense Familiewet, zoals geciteerd in Druzenko 2013, p. 358.

De *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* kent de zogenaamde *parental order*, op basis waarvan het juridisch ouderschap van de draagmoeder kan overgaan naar de wensouders. Voorwaarde is dat één van de ouders genetisch verwant met het kind is en dat niet meer dan een redelijke vergoeding van kosten aan de draagmoeder is betaald. Om in aanmerking te komen voor een *parental order* moeten de wensouders¹¹¹ met elkaar zijn gehuwd of duurzaam samenleven en moet het kind bij hen wonen. De rechter beoordeelt of toewijzing van het verzoek in het belang van het kind is, en hij hanteert daarbij de *welfare checklist*.¹¹² Ten minste één van de wensouders moet woonachtig zijn in het Verenigd Koninkrijk. De draagmoeder moet instemmen met het verlenen van de *order* en zij kan dat pas zes weken na de geboorte doen. Wanneer het verzoek om een *parental order* wordt toegewezen, wordt een nieuwe geboorteakte opgemaakt met de gegevens van de nieuwe juridische ouders. Via een niet-openbaar register wordt gewaarborgd dat het kind op een zeker moment kan achterhalen wie zijn genetische/biologische ouders zijn.

British Columbia, Canada

De *Family Law Act* van British Columbia voorziet in de mogelijkheid van draagmoederschap na kunstmatige voortplanting (KI, IUI of IVF).¹¹³ Hiervoor moet vóór de conceptie van het kind een schriftelijke overeenkomst tussen de draagmoeder en de wensouder(s) zijn opgesteld.¹¹⁴ In deze schriftelijke overeenkomst dienen afspraken te zijn opgenomen over de overdracht van het kind na de geboorte en het juridisch ouderschap van de wensouders na de geboorte. In de regeling is expliciet opgenomen dat, wanneer een van de partijen zich vóór de conceptie van het kind uit de overeenkomst terugtrekt, de overeenkomst niet langer geldig is. Na

111 Naar aanleiding van een klacht over de ontoegankelijkheid van de regeling voor alleenstaande ouders heeft de Engelse familierechter inmiddels vastgesteld dat het vereiste dat een *parental order* enkel door twee wensouders kan worden aangevraagd, in strijd is met artikel 8 in verband met artikel 14 EVRM; zie England and Wales High Court (Family Division) 20 mei 2016, [2016] EWHC 1191 (Fam).

112 Criteria in artikel 1 lid 3 *Children's Act 1989*, waarin aandachtspunten voor het vaststellen van het belang van het kind worden gegeven, zijn onder meer: 1. de wensen en gevoelens van het kind, met inachtneming van zijn of haar leeftijd en ontwikkelingsniveau; 2. de fysieke, emotionele en educatieve behoeften van het kind; 3. de te verwachten effecten op het kind van de verandering van omstandigheden als een gevolg van de rechterlijke beslissing; 4. leeftijd, geslacht, achtergrond en andere mogelijk voor de beslissing van de rechter relevante omstandigheden van het kind; 5. enig nadeel/schade dat/die het kind heeft ondervonden of dreigt te ondervinden; 6. de capaciteiten van de ouders van het kind of andere personen die relevant zijn voor de beslissing van de rechter.

113 Vonk 2015, p. 16-17. Zie ook hierna Bijlage II, Begrippen.

114 Artikel 29 *Family Law Act British Columbia*.

de geboorte dient de draagmoeder (nogmaals) schriftelijk toestemming te verlenen voor de overdracht van het kind aan de wensouder(s), waarop de wensouder(s) het kind in hun gezin opneemt/opnemen (hetgeen eveneens een vereiste voor de overdracht is). Daarmee is voor de overdracht zowel vóór de conceptie als na de geboorte de instemming van zowel draagmoeder als wensouders vereist. In geval van conflict zullen de partijen zich tot de rechter moeten wenden voor een beslissing over het juridisch ouderschap.

Met de schriftelijke toestemming van de draagmoeder kunnen de wensouders een geboortekte van het kind laten opmaken, waarin zijzelf als ouders staan vermeld. Er is daarmee geen rechterlijke toetsing vereist voor de overdracht van het kind van de draagmoeder aan de wensouders. Voor buitenlandse wensouders of wensouders uit andere Canadese provincies die in British Columbia via een draagmoeder een kind krijgen, blijft de mogelijkheid open om een *declaration of parentage* van de rechter te verkrijgen.¹¹⁵

8.7.3 LANDEN WAARIN DRAAGMOEDERSCHAP VERBODEN OF ONGEREGLD IS

Landen waarin draagmoederschap is verboden, zijn bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland, Zwitserland en Oostenrijk. Daarbij kunnen zowel de draagmoeder als de wensouders strafbaar zijn, of kan enkel de bemiddeling ter zake van draagmoederschap strafbaar zijn gesteld.¹¹⁶ In sommige gevallen is enkel commercieel draagmoederschap strafbaar of zijn aspecten van draagmoederschap strafbaar gesteld, zoals in Nederland en België. De overgang tussen landen waarin alle vormen van draagmoederschap zijn verboden, en landen waarin enkel aspecten van draagmoederschap zijn verboden, is een vloeiende.¹¹⁷

In landen waarin draagmoederschap is verboden, zullen ook draagmoederschaps-overeenkomsten niet afdwingbaar zijn. Het reguliere recht is van toepassing op de juridische afstamming van het kind. Dit houdt doorgaans in dat de draagmoeder wordt gezien als de juridische moeder op grond van het ‘mater semper certa est’-beginsel. Hoewel draagmoederschap binnen deze landen wellicht niet of niet zichtbaar voorkomt, kunnen deze verboden niet verhinderen dat onder-

115

Artikel 31 *Family Law Act British Columbia*, zoals geciteerd in Vonk 2015, p. 17.

116

HCCH 2012, p. 9.

117

Zoals blijkt uit de omschrijving in HCCH 2012, p. 9-11.

danen van deze landen in het buitenland gebruik maken van draagmoederschapsconstructies.¹¹⁸

Samenvattend en betekenis:

De benadering van draagmoederschap verschilt tussen landen. Hoewel grofweg een onderscheid valt te maken tussen landen die draagmoederschap reguleren, landen die draagmoederschap verbieden, en landen zonder regeling, zijn binnen deze categorieën nog vele variaties mogelijk.

In veel landen wordt enkel altruïstisch draagmoederschap toegestaan, al betekent dit niet dat onkosten niet kunnen worden vergoed. Vaak bestaan flankerende strafbepalingen die betaald draagmoederschap strafbaar stellen. In veel landen is draagmoederschap enkel toegestaan als ten minste één van de wensouders een genetische band met het kind heeft.

In de meeste gevallen bestaan waarborgen om de positie van de draagmoeder en het kind te beschermen. De aard van deze waarborgen, het tijdstip waarop én de intensiteit waarmee die waarborgen worden getoetst, verschillen per land. Het gevolg hiervan is dat het voor wensouders mogelijk is te kiezen voor een land waarbij de drempels om via draagmoederschap een kind te krijgen zo laag mogelijk zijn.

8.8 BEVINDINGEN

In het navolgende worden de bevindingen van de Staatscommissie ten aanzien van de huidige (rechts)praktijk op een rij gezet. Daarbij neemt de Staatscommissie als uitgangspunt dat draagmoederschap voorkomt en dat de positie van alle betrokkenen zo goed mogelijk moet worden beschermd. De algemene bevindingen inzake juridisch ouderschap en gezag zijn aan de orde gekomen in Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, en Hoofdstuk 7, Gezag. De aspecten van internationaal privaatrecht, die samenhangen met internationaal draagmoederschap, worden in dit hoofdstuk evenmin behandeld. Op dat onderdeel wordt ingegaan in Hoofdstuk 4, Medische ontwikkelingen en ethische vragen, en in Hoofdstuk 10,

118

Zie bijvoorbeeld EHRM 26 juni 2014, 6592/11 (*Menesson/Frankrijk*) en Bundesgerichtshof (Duitsland) 10 december 2014, nr. XII ZB 463/13.

Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief.

Aanbevelingen over het al dan niet wijzigen van de wetgeving op deze punten worden besproken in Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie.

Algemeen

Bij draagmoederschap is op dit moment de positie van het kind na de geboorte langere tijd onzeker. De wet biedt geen regeling voor draagmoederschap. Het moederschap van de draagmoeder staat vast¹¹⁹ en kan alleen door adoptie tenietgaan. Is de draagmoeder gehuwd met een man, dan zal het vaderschap van haar echtgenoot moeten worden ontkend. Die procedure is vrijwel nooit afgerond vóór de geboorte van het kind. Het is dan ook onmogelijk dat het kind vanaf de geboorte beide wensouders tot juridische ouders heeft. Als de draagmoeder is gehuwd met een man, is het vrijwel onmogelijk dat het kind vanaf de geboorte zelfs maar één wensouder tot juridische ouder heeft.¹²⁰ De wensouders hebben dan ook niet het gezag over het kind. Als het kind uiteindelijk de wensouders als juridische ouders krijgt, is het voor hem ook wenselijk dat dit zo snel mogelijk gebeurt. Het kan zijn dat na de geboorte belangrijke beslissingen over het kind moeten worden genomen, terwijl de verzorgende (wens)ouders hierover niet of niet alleen kunnen beslissen. Dat het kind niet direct de (beide) wensouder(s) als juridische ouders heeft, kan ook gevolgen hebben voor de nationaliteit en de geslachtsnaam van het kind. Overlijdt de draagmoeder, dan is het kind haar erfgenaam, samen met haar eventuele andere kinderen en partner. Zolang het juridisch ouderschap nog niet bij de wensouders ligt, is het ook mogelijk dat een van de betrokkenen zich bedenkt en zich terugtrekt uit de regeling. Het kind wordt daarbij onderwerp van juridisch getouwtrek.

119
120

‘Mater semper certa est’; zie artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW.

De procedure tot ontkenning van het vaderschap is in de praktijk vrijwel nooit afgerond voordat het kind is geboren. Er moet een bijzondere curator worden benoemd, die het verzoek moet indienen. De beschikkingen worden standaard niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, zodat de ontkenning pas ruim na de geboorte van het kind een feit is (drie maanden na de beschikking van de rechtbank). Pas dan kan het kind door de wensouder worden erkend of is de (gelijktijdig uitgesproken) gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van kracht. Zowel de ontkenning als de gerechtelijke vaststelling hebben terugwerkende kracht (artikelen 1:202 lid 1 en 207 lid 5 eerste volzin BW).

Samenvattend en betekenis:

Doordat de draagmoeder (en haar echtgenoot) gelden als juridische ouder(s) van het kind en de wensouders niet vanaf de geboorte van het kind de juridische ouders zijn en evenmin het gezag over het kind hebben, is er een periode van rechtsonzekerheid voor het kind, de wensouders én de draagmoeder.

Voor het kind betekent dit: dat na de geboorte onzekerheid bestaat over het antwoord op de vraag wie de ouders van het kind zullen worden. Als er onenigheid ontstaat tussen de betrokkenen, betekent dit dat het kind onderwerp van juridisch getouwtrek kan worden.

Voor de draagmoeder betekent dit: dat zij de moeder van het kind blijft indien de wensouders zich terugtrekken uit de draagmoederschapsconstructie. Zij loopt daarmee het risico te blijven zitten met een door haar niet gewenst kind.

Voor de wensouder(s) betekent dit: dat het tot na de geboorte van het kind onzeker blijft of zij (beiden) de juridische ouders van het kind zullen worden.

Relatie met de tweede wensouder of met één wensouder

Als de draagmoeder besluit het kind te houden en geen toestemming voor de erkenning wil geven, kan een wensvader vervangende toestemming voor erkenning vragen. Daarvoor moet hij wel de zaaddonor zijn en moet worden vastgesteld dat hij *family life* met het kind heeft.¹²¹ Na de erkenning met toestemming van de rechtbank is hij de tweede juridische ouder van het kind, zij het niet vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind, maar vanaf het tijdstip van de erkenning van het kind (artikel 1:203 lid 2 BW). Het ligt in de rede dat een genetisch verwante wensmoeder op eenzelfde wijze vervangende toestemming voor erkenning zou moeten kunnen verzoeken, al voorziet de wet hierin niet.¹²² Een niet-genetisch verwante wensmoeder heeft die mogelijkheid niet.

Eén van de wensouders staat toch al buitenspel als er onenigheid ontstaat tussen de draagmoeder en de wensouders. Als de draagmoeder niet meewerkt aan de overdracht van het kind en de adoptie, blijft zij de

121 Artikel 1:204 lid 3 onder b BW; ook als de wensvader de verwekker van het kind is, bestaat de mogelijkheid om vervangende toestemming voor erkenning te vragen (artikel 1:204 lid 3 onder a BW).

122 Er is geen rechtspraak bekend waarin deze situatie zich voordoet.

moeder van het kind. De tweede wensouder heeft dan geen mogelijkheid om de juridische ouder van het kind te worden.¹²³

Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de relatie tussen beide wensouders stukloopt. De tweede wensouder zal in dat geval niet kunnen adopteren vanwege de eis dat hij gedurende drie jaar voorafgaand aan de adoptie met de eerste wensouder samenleeft. Ook zal de eerste wensouder, die inmiddels juridisch ouder van het kind is, mogelijk niet willen instemmen met het adoptieverzoek van de tweede wensouder.

Als een kind wordt geboren op verzoek van één wensouder, geldt dit te meer. Als de draagmoeder niet meewerkt aan adoptie, is erkenning de enige mogelijkheid om ouder van het kind te worden. Maar als de wensouder een vrouw is, heeft zij geen mogelijkheid om het kind te erkennen tegen de wil van de draagmoeder in, tenzij zij de genetische moeder van het kind is. Voorts geldt bij de erkenning door de alleenstaande wensouder, man of vrouw, dat de draagmoeder de moeder van het kind blijft. Het kind heeft dan twee ouders die vanaf het begin onenigheid over hun relatie tot het kind hebben.

Samenvattend en betekenis:

De positie van de geboortemoeder is bijna onaantastbaar.

Voor het kind betekent dit: dat het afhankelijk is van de samenwerking van alle partijen om de wensouders tot juridische ouders te krijgen.

Voor de geboortemoeder betekent dit: dat zij zich kan terugtrekken uit een draagmoederschapconstructie en enkel in uitzonderlijke gevallen zal hoeven te vrezen dat haar ouderschapsband met het kind dat uit haar is geboren, wordt verbroken.

123

Als het kind is overgedragen aan de wensouders en het gezag van de draagmoeder inmiddels is overgedragen, is het denkbaar dat aan de weigering van de toestemming van de draagmoeder wordt voorbijgegaan (artikel 1:228 lid 2 aanhef en onder a BW).

Voor de tweede wensouder betekent dit: dat het vrijwel onmogelijk is om een juridische band te vestigen met het kind als de draagmoeder en/of de eerste wensouder niet meewerkt. Dat is ook zo als de wensouder genetisch verwant met het kind is.

Voor de alleenstaande wensouder betekent dit: een alleenstaande wensvader kan, als de draagmoeder niet meewerkt, alleen ouder worden samen met de draagmoeder. Voor een alleenstaande wensmoeder is ook dat niet mogelijk.

Gezag

Niet alleen het juridisch ouderschap van de wensouder(s) is bij draagmoederschap niet vanaf de geboorte geregeld. Ook het gezag over het kind is niet vooraf of administratief eenvoudig te regelen. Bij draagmoederschap wil de draagmoeder geen verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind dragen en de wensouders willen dat wél. De draagmoeder heeft vanaf de geboorte echter wel het gezag over het kind. De gehuwde draagmoeder heeft vanaf de geboorte samen met haar echtgeno(o)t(e) het gezag. Zij kunnen niet zelfstandig verzoeken om dit gezag te beëindigen.¹²⁴ De wetgever was bevreesd dat, als die mogelijkheid er wél zou zijn, ouders zich te gemakkelijk van hun ouderlijke verantwoordelijkheden zouden kunnen ontdoen. Bij draagmoederschap is daarvan juist geen sprake. De draagmoeder wil zich in dat geval immers van haar ouderlijke verantwoordelijkheden ontdoen ten behoeve van wensouders die deze verantwoordelijkheid willen dragen.

De rechter kan een verzoek tot beëindiging van het gezag toewijzen als blijkt dat een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd, en de ouder niet in staat is de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding te dragen (artikel 1:266 lid 1 aanhef en onder a BW). Vrijwel alle draagmoeders zijn in beginsel in staat om de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind te dragen. Zij willen dat echter niet, omdat zij hebben afgesproken dat het kind door de wensouders zal worden verzorgd en opgevoed. Door de rechter kan worden overwogen dat de draagmoeder niet in staat is voor dit specifieke kind te zorgen en dat daarom het gezag moet worden

124

Dit verzoek moet komen van de raad voor de kindbescherming, het openbaar ministerie of, na ten minste één jaar verzorging en opvoeding, de wensouder. Zie artikel 1:267 BW.

beëindigd.¹²⁵ Deze beëindigingsgrond wordt door veel draagmoeders als beledigend en kwetsend ('diffamerend') ervaren.

Samenvattend en betekenis:

Er is geen directe rechtsingang voor wensouders en draagmoeder om de beëindiging van het gezag van de draagmoeder en haar partner aan de rechter te verzoeken. Daarbij is het criterium voor een beëindiging niet passend voor de situatie van draagmoederschap.

Voor het kind betekent dit: dat anderen dan de wensouders vanaf de geboorte het gezag over het kind hebben. Als na de geboorte belangrijke beslissingen over het kind moeten worden genomen, kan het zijn dat de verzorgende (wens) ouders hierover niet of niet alleen kunnen beslissen.

Voor de geboortemoeder betekent dit: dat zij afhankelijk is van de raad voor de kinderbescherming om te bewerkstelligen dat het gezag van haarzelf – als zij is gehuwd ook het gezag van haar echtgeno(o)t(e) – overgaat op de wensouders. Om dit te bewerkstelligen zal de rechter moeten vaststellen dat de minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd, en de ouder niet in staat is de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding te dragen. Dit kan door de geboortemoeder als beledigend en kwetsend worden ervaren.

Voor de wensouder(s) betekent dit: dat zij afhankelijk zijn van de raad voor de kinderbescherming om te bewerkstelligen dat het gezag van de geboortemoeder en haar echtgeno(o)t(e) op hen overgaat.

Draagmoeders in het buitenland

Mede door de beperkte mogelijkheden om in Nederland via IVF-draagmoederschap de kinderwens te vervullen, kijken sinds het begin van deze eeuw Nederlandse wensouders uit naar het buitenland. Er zijn landen waarin wensouders samen met een Nederlandse draagmoeder een IVF-behandeling kunnen laten plaatsvinden, bijvoorbeeld op Cyprus. De draagmoeder bevalt daarna in Nederland. Andere wensouders, veelal zonder beschikbare draagmoeder, kijken uit naar de Verenigde Staten,

125

HR 29 juni 1984, NJ 1984/767, zij het onder vigeur van de ontheffingsgrond van artikel 1:266 BW (oud).

weer anderen naar India of Oekraïne. Onder meer door de hoge kosten van een draagmoeder in het buitenland en/of de IVF-behandeling in het buitenland, kiezen wensouders en draagmoeder soms voor traditioneel draagmoederschap in Nederland. Dat wil zeggen dat de zwangerschap door middel van geslachtsgemeenschap of met behulp van kunstmatige inseminatie tot stand wordt gebracht. De omstandigheden van de draagmoederschapsconstructie zijn daarbij onzeker. Dit brengt risico's met zich voor de draagmoeder, het kind én de wensouders (zie verder Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief).

Samenvattend en betekenis:

De toegang tot medische hulp bij IVF-draagmoederschap is in Nederland beperkt. Mede daardoor wijken wensouders uit naar het buitenland, met alle risico's van dien, of gaan zij over tot traditioneel draagmoederschap.

Voor het kind betekent dit: dat het wordt geboren in het buitenland, waardoor onzekerheid ontstaat over de erkenning van de gevestigde ouderschapsband met de wensouders en de nationaliteit van het kind. Dit kan betekenen dat het kind langere tijd niet kan worden meegenomen naar het huis van de wensouder in Nederland en soms ook dat het enige tijd zonder de wensouders in het buitenland zal moeten verblijven.

Voor de wensouders betekent dit: dat zij grotere onzekerheid en hogere kosten maken om de kinderwens te kunnen vervullen.

Ongelijke waarborgen

Bij in Nederland verricht IVF-draagmoederschap bestaat een groot aantal waarborgen om de belangen van alle betrokkenen te beschermen. De draagmoeder alsmede de wensouders worden begeleid in het proces en bij het maken van de keuze om een draagmoederschapsconstructie aan te gaan. De wederzijdse afspraken moeten zijn vastgelegd en de belangrijkste risico's voor de draagmoeder moeten door de wensouders zijn afgedekt. Door de vroegtijdige betrokkenheid van de raad voor de kinderbescherming bestaat er vooraf een redelijke zekerheid dat de raad zal instemmen met het na de geboorte opnemen van het kind in het gezin van de wensouders, en dat de raad zal meewerken aan de overdracht van het ouderschap.

Voor traditioneel draagmoederschap gelden al deze waarborgen niet. Het is in die gevallen aan de wensouders en draagmoeder om te voorzien in alle bovengenoemde waarborgen. De kans dat een dergelijke draagmoederschapsconstructie minder zorgvuldig plaatsvindt, is dan ook groter dan bij IVF-draagmoederschap.

Samenvattend en betekenis:

Voor traditioneel draagmoederschap bestaan geen vergelijkbare waarborgen als bij IVF-draagmoederschap.

Voor het kind betekent dit: dat het worden geboren na traditioneel draagmoederschap meer risico's en rechtsonzekerheid met zich brengt dan het worden geboren na IVF-draagmoederschap.

Voor de draagmoeder en de wensouders betekent dit: dat zij afhankelijk zijn van de zorgvuldigheid die zijzelf in acht nemen voor het afdekken van risico's en voor het zoveel mogelijk beperken van rechtsonzekerheid voor de overdracht van het juridisch ouderschap na de geboorte van het kind.

Bemiddelingsverbod

De huidige (straf)wetgeving rond draagmoederschap, in het bijzonder het verbod op bemiddeling en adverteren voor draagmoederschap of de opnemng van kinderen, is gebaseerd op een ontmoedigingsbeleid. Wensouders die toch gebruik willen maken van de diensten van een draagmoeder, kunnen door het verbod op adverteren moeilijk een draagmoeder op het spoor komen. Dit werkt in de hand dat zij hun toevlucht zoeken tot het buitenland. In dat geval komt draagmoederschap buiten het zicht van de Nederlandse overheid te liggen.

Het strafrechtelijk kader kan organisaties afschrikken om voorlichting te geven over draagmoederschap, terwijl goede voorlichting vooraf wenselijk is in het belang van het kind, de draagmoeder en de wensouders.

Samenvattend en betekenis:

Het verbod op bemiddeling verhindert de goede controle op en voorlichting aan wensouders en draagmoeders.

Voor het kind betekent dit: dat het vaker wordt geboren in het buitenland, waardoor onzekerheid ontstaat over de erkenning van de gevestigde ouderschapsband met de wensouders en de nationaliteit van het kind. Dit kan betekenen dat het kind langere tijd niet kan worden meegenomen naar het huis van de wensouder in Nederland en soms ook dat het enige tijd zonder de wensouders in het buitenland zal moeten verblijven.

Voor de draagmoeder betekent dit: dat zij minder eenvoudig toegang zal hebben tot goede begeleiding bij het draagmoederschapstraject, waardoor zij mogelijk onnodige juridische en financiële risico's loopt.

Voor de wensouder(s) betekent dit: dat zij minder eenvoudig toegang zullen hebben tot goede begeleiding bij het draagmoederschapstraject. Dit kan leiden tot grotere onzekerheid over de uitkomsten van het traject. Als de wensouder(s) uitwijken naar het buitenland, zal dit tevens leiden tot hogere kosten om de kinderwens te kunnen vervullen.

Kinderkoop

Nederland heeft zich internationaal verbonden om alle passende maatregelen te nemen ter voorkoming van de verkoop van of de handel in kinderen in welke vorm dan ook. Een verbod van verkoop van kinderen is niet expliciet opgenomen in de Nederlandse wet. De grenzen tussen de verkoop van kinderen en betaald draagmoederschap zijn onduidelijk. Er bestaat geen toetsingskader voor het antwoord op de vraag welke vergoedingen wél en welke niet toelaatbaar of onwenselijk zijn.

Samenvattend en betekenis:

In Nederland ontbreekt een duidelijke regeling van toelaatbare en ontoelaatbare vergoedingen bij draagmoederschap. Hierdoor kan tegen geen enkele vorm van vergoeding worden opgetreden.

Voor het kind betekent dit: dat er geen grenzen zijn aan de betaling die wordt gedaan, en dat het mogelijk is dat het is geboren uit een vrouw voor wie geld de voornaamste prikkel is geweest.

Voor draagmoeders en wensouders betekent dit: dat er geen grenzen zijn aan hetgeen mag worden betaald. Hierdoor zullen zij zelf moeten bepalen waar betaald draagmoederschap overgaat naar de verkoop van kinderen, en welke vergoedingen nog moreel toelaatbaar zijn.



09 OPVOEDERS, VERZORGERS EN OUDERS ZONDER GEZAG

9.1 INLEIDING

Vrijwel alle kinderen komen in hun leven personen tegen van wie zij later zeggen dat deze een belangrijke invloed hebben gehad op hun ontwikkeling en hun leven. Het kan daarbij gaan om burens, docenten, sporttrainers, muziekdocenten en dergelijken. Hoe belangrijk deze ‘pedagogische *civil society*’ ook is,¹ over deze personen doet de Staatscommissie geen uitspraken. Soms is de rol van anderen dan de juridische ouders die het gezag over het kind hebben,² echter van wezenlijke betekenis in de verzorging en opvoeding van het kind, naast of in plaats van de rol van de ouders. In dit hoofdstuk wordt beschreven wat het voor een kind betekent om te worden verzorgd en opgevoed, of mede te worden verzorgd en opgevoed, door een ander of anderen dan zijn ouders. Afgesloten wordt met enkele bevindingen van de Staatscommissie.

9.2 GELDEND RECHT

9.2.1 INLEIDING

Aan de rechtspositie van de opvoeder/verzorger die geen juridische ouder is, wordt in het Nederlandse recht op diverse plekken expliciet aandacht besteed. Zoals tevens bij de beschrijving van het geldende recht in de andere hoofdstukken is gebeurd, wordt onderstaand op hoofdlijnen beschreven welke regelingen het Nederlandse recht kent op het gebied van ouderschap en opvoederschap van anderen dan juridische ouders met gezag. Van groot belang voor de rechtspositie van opvoeders/verzorgers is de vraag of zij *family life*, in de zin van artikel 8 EVRM, met het kind hebben. Het IVRK speelt op dit vlak een minder prominente rol, hoewel ook daarin aandacht bestaat voor de relatie tussen het kind en de bredere omgeving (artikelen 5, 9 en 18 IVRK). In de Nederlandse wet wordt het begrip *family life* aangeduid met het ‘in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan’.

9.2.2 EVRM

Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) is op 4 november 1950 tot stand ge-

¹ Kesselring & De Winter 2013.

² Zie voor het antwoord op de vraag wie de juridische ouder of ouders van een kind is of zijn, Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, en voor het antwoord op de vraag wie het gezag over het kind uitoefent of oefenen, Hoofdstuk 7, Gezag.

komen in Rome. Nederland is met ingang van 31 augustus 1954 gebonden aan het verdrag, waaraan sedert zijn totstandkoming nog diverse protocollen zijn toegevoegd. Een voor het familierecht uitermate belangrijke bepaling is artikel 8 EVRM. In dit artikel is bepaald dat:

een ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

De bepaling heeft een keur aan rechtspraak opgeleverd, zowel van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) als van de nationale rechters in de aangesloten staten, waaronder Nederland. Het artikel heeft grote gevolgen gehad voor het personen- en familierecht en de positie van het kind daarbinnen. De juridische ouder van het kind, ongeacht of hij gezag heeft, valt per definitie onder het begrip ‘in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan’ (de juridische ouder en het kind hebben *family life* met elkaar in de zin van artikel 8 EVRM). Dat geldt zowel in de situatie waarin de ouders met elkaar zijn gehuwd, als in die waarin zij buiten huwelijk samenleven of niet samenleven.³ Ook andere verzorgers/opvoeders dan de juridische ouders kunnen in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan. Of dit het geval is, zal afhangen van een waardering van de feitelijke situatie, waarbij de totale duur van de feitelijke verzorging, de kwaliteit van de relatie en de rol die de volwassenen op zich hebben genomen ten opzichte van het kind, van belang zijn.⁴ In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat van die nauwe persoonlijke betrekking in elk geval sprake zal zijn als de verzorging en opvoeding ten minste een jaar hebben geduurd. Hieronder wordt eerst ingegaan op het recht op omgang, dat in beginsel bestaat zodra sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking. Naast het omgangsrecht kunnen

3 Zie onder meer: EHRM 13 juni 1979, 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*); EHRM 21 juni 1988, 10730/84, NJ 1988/746, m.nt. E.A. Alkema (*Berrehab/Nederland*); EHRM 26 mei 1994, 16969/90, NJ 1995/247, m.nt. J. de Boer (*Keegan/Ierland*); EHRM 27 oktober 1994, 18535/91, NJ 1995/248, m.nt. J. de Boer (*Kroon e.a./Nederland*).

4 EHRM 27 april 2010, 16318/07, § 48 (*Moretti & Bernadetti/Italië*), zoals geciteerd in Forder 2013.

diegenen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot een kind staan, ook nog andere rechten en soms ook plichten hebben. Daarop wordt ingegaan in de volgende paragrafen, waarin nader wordt gekeken naar de specifieke positie van juridische ouders zonder gezag en andere mogelijke verzorgers/opvoeders.

Samenvattend en betekenis:

Vooraf artikel 8 EVRM, het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, is zeer bepalend geweest voor de juridische verhouding tussen allen die een kind verzorgen en opvoeden, en het kind zelf.

Dit betekent voor het kind en de volwassenen: de band tussen een kind, zijn ouders en andere volwassenen die een belangrijke rol spelen in zijn verzorging en opvoeding, kan rekenen op bescherming tegen onverhoedse verbreking.

9.2.3 RECHT OP OMGANG

Een kind heeft recht op omgang met zijn juridische ouder en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat (artikel 1:377a BW).

De juridische ouder heeft op zijn beurt ook recht op omgang met het kind en heeft bovendien ook de verplichting tot omgang met zijn kind (artikel 1:377a lid 1 BW). Het belang van het kind kan in de weg staan aan het opleggen van een omgangsregeling aan een juridische ouder die geen omgang met het kind wenst. Maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Het belang van het kind kan ook juist met zich brengen dat op zijn minst enkele proefcontacten worden opgelegd.⁵

Is het kind door andere verzorgers/opvoeders dan de juridische ouders grootgebracht en komt aan die zorgrelatie een einde, dan heeft de gewezen verzorger/opvoeder een formele rechtsingang om aan de rechter te

5

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3688. In deze zaak is een bijzondere curator benoemd om de proefcontacten te begeleiden.

vragen een omgangsregeling vast te stellen.⁶ Het kind zelf kan vanaf de leeftijd van twaalf jaar, of jonger als hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, de rechter informeel benaderen om te vragen of deze een omgangsregeling wil vaststellen (artikel 1:377g BW).

Samenvattend en betekenis:

In beginsel bepaalt degene die het gezag over een kind heeft, met wie het kind contact mag onderhouden. Een belangrijk gevolg van de band tussen een kind en zijn ouders en tussen een kind en andere verzorgers/opvoeders is het recht op omgang met elkaar. In sommige gevallen ontstaat die band automatisch door geboorte. In andere gevallen ontstaat de band als gevolg van het feitelijk bestaan van contact.

Dit betekent voor het kind: als een kind een band heeft met een persoon en deze band verbroken raakt, bijvoorbeeld omdat degene die het gezag over het kind heeft, niet langer wil meewerken aan het contact dat het kind met deze persoon heeft, kan de rechter bevelen dat het contact wordt hersteld.

Dit betekent voor de juridische ouder met gezag: als een kind een band heeft met een of meer andere volwassenen en die band verbroken raakt, kan de juridische ouder worden verplicht het contact tussen het kind en die volwassene(n) toe te staan. Zijn recht om te bepalen met wie het kind contact heeft, wordt dan door die rechterlijke beslissing dus ingeperkt.

9.2.4 JURIDISCHE OUDERS ZONDER GEZAG

In Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, en Hoofdstuk 7, Gezag, is beschreven wie als ouders van een kind worden aangemerkt, wat daarvan de gevolgen zijn, wat gezag is en wie met het gezag zijn of kunnen worden belast. In deze paragraaf wordt daarom alleen ingegaan op de positie van de juridische ouder zonder gezag, voor zover het relevante verschillen betreft met de positie van de juridische ouder die wél is belast met het gezag, en met de positie van andere medeverzorgers/opvoeders dan

6 De rechter ontzegt het recht op omgang alleen als 1. de omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of 2. degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang, of 3. het kind vanaf twaalf jaar van ernstige bezwaren tegen de omgang heeft doen blijken, of 4. omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind (artikel 1:377a lid 3 BW).

de juridische ouders, die evenmin zijn belast met het gezag. Hier wordt slechts herhaald dat de juridische ouder in familierechtelijke betrekking tot zijn kind staat, zodat tussen hen juridische bloedverwantschap bestaat (artikel 1:3 lid 1 in verbinding met de artikelen 1:197-199 BW).

In de meeste gevallen zijn de juridische ouders van een kind belast met het gezamenlijk ouderlijk gezag. Dit kan automatisch zijn ontstaan, omdat de ouders op het tijdstip van de geboorte van het kind met elkaar waren gehuwd of een geregistreerd partnerschap hadden (artikelen 1:251 en 253aa BW). Was dit niet het geval, dan kunnen zij het samen uitoefenen van het ouderlijk gezag hebben geregeld door aantekening in het gezagsregister (artikel 1:252 BW). Als ook dat niet is gebeurd – omdat de ouders de gezamenlijke gezagsuitoefening niet allebei wilden – kan de rechter hebben beslist dat zij het gezamenlijk gezag desondanks samen moeten uitoefenen (artikel 1:253c BW).⁷ Het is niet bekend hoe vaak het voorkomt dat een kind twee juridische ouders heeft die allebei voor hem zorgen, maar van wie slechts een van beiden het gezag heeft. Dit kan dus het geval zijn als het gezag niet automatisch is ontstaan en de ouders nooit stappen hebben gezet om gezamenlijk gezag te (doen) regelen, of als de rechter het gezag heeft beëindigd, dan wel een verzoek om gezamenlijk gezag heeft afgewezen, de situatie daarna is veranderd en de niet met gezag belaste ouder daadwerkelijk voor het kind is gaan zorgen. Dit kan dan al dan niet samen met de met gezag belaste ouder zijn of in een soort co-ouderschaprelatie.⁸ In die situatie is de niet met gezag belaste ouder dus wél opvoeder/verzorger van het kind.

Een juridische ouder die niet is belast met het gezag, kan op de in de wet genoemde voorwaarden de rechter verzoeken hem te belasten met het

7 Vaste jurisprudentie betreffende artikel 1:253c lid 2 BW is dat, als een van de ouders een verzoek om gezamenlijk gezag doet, de rechter dit toewijst, tenzij er sprake is van ernstige contra-indicaties, zoals bijvoorbeeld een totaal ontbreken van enige communicatie tussen de ouders, een verleden van ernstig huiselijk geweld of de opstelling van het kind, met name als dit kind goed kan verwoorden waarom het gezamenlijk gezag van de ouders niet wil. Zie voor toewijzing van gezamenlijk gezag onder meer: Hof Den Haag 24 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA1267; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1539; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:350 en voor afwijzing: Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1080; Hof 's-Hertogenbosch 21 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1810; Hof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4789.

8 Co-ouderschap is geen juridische term. In het spraakgebruik wordt ermee bedoeld op de situatie waarin twee ouders ieder een deel van de tijd voor het kind zorgen in een min of meer gelijke tijdsverdeling. Het kind verblijft dus bijvoorbeeld ongeveer de ene helft van de week bij de ene ouder en de andere helft van de week bij de andere ouder of de ene week bij de ene ouder en de andere week bij de andere ouder.

eenhoofdig ouderlijk gezag of hem samen met de andere ouder te belasten met gezamenlijk ouderlijk gezag (artikel 1:253c BW). Als de ouder het verzoek om zelf met ouderlijk gezag te worden belast doet na het overlijden van de gezagsouder, heeft hij een wettelijke voorkeurspositie om dat gezag te verkrijgen (artikelen 1:253g en 253h BW). Daarnaast is die ouder in zijn algemeenheid belanghebbende in procedures die betrekking hebben op zijn minderjarige kind. Artikel 798 Rv bepaalt dat onder meer als belanghebbende wordt aangemerkt een ieder op wiens rechten en verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft. Een procedure over de afstamming van het kind heeft per definitie betrekking op de rechten en verplichtingen van de juridische ouders en dus zullen zij altijd als belanghebbende worden opgeroepen. Hetzelfde geldt voor procedures waarin bijvoorbeeld de met gezag belaste ouder de rechter verzoekt om het gezag over het kind met een derde te mogen uitoefenen (artikel 1:253t BW), alsmede voor procedures over de geslachtsnaam van het kind, de nationaliteit of het erfrecht. Maar in procedures rond de ondertoezichtstelling van een kind is de niet met gezag belaste ouder geen belanghebbende, behalve in de situatie waarin hij deze kinderbeschermingsmaatregel zelf verzoekt.⁹ Een ondertoezichtstelling, waarmee de gecertificeerde instelling de mogelijkheid krijgt om schriftelijke aanwijzingen te geven aan de met gezag belaste ouder(s) of het kind zelf, heeft ten doel om aan de met gezag belaste ouder(s) hulp en steun te bieden om de bedreigingen in de ontwikkeling van het kind weg te nemen (artikelen 1:262 en 263 BW). De ondertoezichtstelling heeft aldus geen betrekking op de positie van de niet met gezag belaste ouder en deze is naar het oordeel van de Hoge Raad om die reden niet aan te merken als belanghebbende. Dat de niet met gezag belaste ouder geen belanghebbende is in de procedures rond de ondertoezichtstelling of eventuele verlenging daarvan, neemt overigens niet weg dat hij wél belanghebbende is waar het gaat om zijn recht op omgang met het kind.¹⁰

Een bijzondere regeling die alleen geldt voor juridische ouders zonder gezag en niet voor andere verzorgers/opvoeders, is het informatie- en consultatierecht (artikel 1:377b BW). Een met gezag belaste ouder is

9

HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2665, NJ 2014/482, m.nt. S.F.M.Wortmann.

10

Een ander verschil in de positie van de niet met gezag belaste verzorgende ouder en een wél met gezag belaste juridische ouder is dat, als geen sprake is van een ondertoezichtstelling, een machtiging gesloten jeugdhulp kan worden verleend als de met gezag belaste ouder daarmee instemt. De instemming van een niet met gezag belaste ouder behoeft niet te worden gevraagd (artikel 6.1.2 lid 3 Jeugdwet).

verplicht de niet met gezag belaste ouder op de hoogte te stellen van belangrijke aangelegenheden die het kind of zijn vermogen betreffen, en hij is verplicht de niet met gezag belaste ouder te raadplegen als over die aangelegenheden beslissingen moeten worden genomen. De rechter kan desverzocht een regeling hierover vaststellen.¹¹

Ook kan een niet met gezag belaste ouder aan derden die beroepshalve over belangrijke informatie over zijn kind beschikken, vragen hem op de hoogte te stellen. De derde moet de informatie verstrekken, tenzij hij de informatie niet ook aan de met gezag belaste ouder zou verschaffen of het belang van het kind zich tegen de informatieverstrekking verzet. Wordt de informatie niet verschaft, dan kan de niet met gezag belaste ouder zich tot de rechter wenden (artikel 1:377c BW). Het gaat in deze regeling om informatie van bijvoorbeeld leerkrachten, artsen en hulpverleners. De regeling geldt niet voor derden die uit anderen hoofde over informatie over het kind beschikken, zoals een buurvrouw of een familielid. Voor zowel de informatie die de met gezag belaste ouder moet verschaffen, als de informatie die van derden kan worden verkregen, geldt dat het belang van het kind bepalend is voor het antwoord op de vraag of de rechter een regeling vaststelt.¹²

De wet kent daarnaast ouders zonder gezag nog diverse rechten toe. Zo kan een ouder zonder gezag in bepaalde gevallen verhinderen dat zijn kind in het huwelijk treedt door dit huwelijk te stuiten (artikel 1:51 lid 1 BW) of een reeds gesloten huwelijk laten nietigverklaren (artikel 1:69 lid 1 BW). Ook de schriftelijke toestemming van de moeder of de vader zonder gezag blijft nodig voor de erkenning van haar of zijn kind (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder c BW). De moeder zonder gezag kan ook de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van haar kind verzoeken (artikel 1:207 lid 1 aanhef en onder a BW) of verzoeken een erkenning te vernietigen (artikelen 1:205 lid 1 aanhef en onder c en 205a lid 1 aanhef en onder b en c BW) dan wel een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap doen (artikelen 1:200 lid 1 aanhef en onder a en 202a lid 1 aanhef en onder a en b BW). Voor de adoptie van het kind is vereist

11 In de praktijk worden informatie- en consultatieregelingen geregeld vastgesteld als er geen sprake is van omgang. Aan de met gezag belaste ouder wordt dan bijvoorbeeld opgedragen om enkele keren per jaar een goed gelijkende foto van het kind te sturen en/of afschriften van de schoolrapporten; zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 23 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4346.

12 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3904.

dat geen van de ouders, ook als zij het gezag niet hebben, de adoptie tegenspreekt en het kind van zijn ouder(s) in de hoedanigheid van ouder niets meer heeft te verwachten (artikelen 1:227 lid 3 en 228 lid 1 aanhef en onder d BW). De ouder zonder gezag blijft wettelijk ook verplicht naar draagkracht een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind te betalen (artikel 1:404 lid 1 BW). Tijdens de minderjarigheid van het kind kan de ouder zonder gezag verzoeken het kind onder curatele of diens vermogen geheel of gedeeltelijk onder beschermingsbewind te stellen dan wel een mentorschap over het kind verzoeken (titels 16, 19 en 20 Boek 1 BW, in het bijzonder de artikelen 1:379 lid 1, 432 lid 1 en 451 lid 1 BW). De ouder zonder gezag heeft ook een wettelijke voorkeurspositie om tot curator, bewindvoerder of mentor van zijn kind te worden benoemd (artikelen 1:383 lid 3, 435 lid 4 en 452 lid 4 BW). Uiteraard worden deze drie beschermingsmaatregelen pas effectief nadat het kind meerderjarig is geworden. Ten slotte is het kind ook wettelijk erfgenaam van de ouder zonder gezag.

Samenvattend en betekenis:

Een juridische ouder zonder gezag neemt een bijzondere positie in. Hij is juridisch ouder en hieraan zijn verschillende rechtsgevolgen verbonden, zoals besproken in Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap. Hij heeft weliswaar geen gezag, maar hij heeft wél automatisch recht op omgang met zijn kind en tevens een plicht daartoe. Voorts kent de wet ouders in zijn algemeenheid, dus zowel ouders met als ouders zonder gezag, op verschillende plaatsen bevoegdheden toe om rechterlijke interventie te vragen in zaken die het kind betreffen, of om in die zaken te worden gekend en gehoord.

Dit betekent voor het kind: tussen een kind en zijn juridische ouders bestaat een juridische band (familierechtelijke betrekking of juridische bloedverwantschap) die tal van gevolgen heeft. Alleen in bijzondere omstandigheden kan de rechter beslissen dat er geen contact tussen de ouder en het kind zal zijn.

Dit betekent voor de ouders: de band tussen een juridische ouder en zijn kind dient te worden gerespecteerd. Dit heeft onder meer tot gevolg dat een juridische ouder het recht heeft om betrokken te zijn en te blijven bij het leven van zijn kind en voor diverse aangelegenheden de rechter kan benaderen om conflicten over het kind te beslechten.

9.2.5 OVERIGE VERZORGERS/OPVOEDERS

Voor de hieronder besproken overige verzorgers/opvoeders geldt dat zij kunnen worden aangemerkt als staande in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind. Of dit daadwerkelijk het geval is, hangt af van de omstandigheden. Is daadwerkelijk sprake van een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind, dan biedt de wet deze persoon op enkele plaatsen rechtsingangen of andere bevoegdheden en niet in de laatste plaats het recht op omgang met het kind.¹³ Welke omstandigheden bepalend zijn en welke gevolgen het vaststellen van een nauwe persoonlijke betrekking heeft, zal bij de afzonderlijke categorieën verzorgers/opvoeders worden aangegeven.

Voor wie een kind verzorgt en opvoedt geldt evenals voor de juridische ouder dat onder verzorging en opvoeding mede worden verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind, alsmede het bevorderen van zijn persoonlijkheid.¹⁴ Ook geldt de bepaling dat geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling wordt toegepast (artikel 1:248 in verbinding met artikel 1:247 lid 2 BW).

Voor al op het terrein van de kinderbeschermingsmaatregelen biedt de wet aan degene die een kind ten minste een jaar als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt, mogelijkheden om, op dezelfde wijze als de met gezag belaste ouder, de rechter om interventie te vragen.¹⁵

Tot slot heeft de niet met gezag belaste verzorger/opvoeder na een jaar het zogenoemde blokkaderecht (artikel 1:253s BW).¹⁶ Normaliter zijn de met gezag belaste ouders degenen die de zeggenschap over de verblijfplaats van het kind hebben. Het blokkaderecht van de feitelijke verzor-

13 EHRM 8 juli 1987, 9749/82, NJ 1988/828, m.nt. E.A. Alkema (*W./Verenigd Koninkrijk*).

14 Tot de zorg en verantwoordelijkheid voor het geestelijk welzijn en de persoonlijke ontwikkeling van het kind behoort het geven van informatie over zijn afstamming ('statusvoorlichting'), aldus HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*).

15 Dat geldt bijvoorbeeld voor het indienen van een verzoek om het kind onder toezicht te stellen als de raad voor de kinderbescherming dat verzoek niet doet, of verlenging te vragen van een ondertoezichtstelling als de gecertificeerde instelling dat niet doet. Ook kan degene tot wiens gezin het kind behoort, een geschil in het kader van de ondertoezichtstelling aan de rechter voorleggen. In geval van een plaatsing van het kind in het gezin van de verzorger en opvoeder gedurende ten minste een jaar kan het kind niet uit dat gezin worden weggeplaatst zonder voorafgaande toestemming van de kinderrechter. Ook kan deze verzorger en opvoeder de rechter vragen het gezag van de ouders te beëindigen (artikelen 1:255 lid 2, 260 lid 2, 265i en 267 BW).

16 Een vergelijkbare regeling geldt als het kind niet onder gezag van zijn juridische ouder(s) staat, maar onder voogdij (artikel 1:336a BW).

ger/opvoeder perkt dit recht in. Het blokkaderecht houdt in dat, als een kind met instemming van de met gezag belaste ouders ten minste een jaar in het gezin is verzorgd en opgevoed, de ouders het kind niet zonder toestemming van de verzorger/opvoeder uit dat gezin kunnen weghalen. Als de verzorger/opvoeder die toestemming weigert, kunnen de ouders aan de rechter vervangende toestemming vragen. De rechter wijst het verzoek af als hij dit in het belang van het kind noodzakelijk oordeelt. Als de rechter het verzoek afwijst, geldt de blokkade voor maximaal zes maanden, maar als in de tussentijd een verzoek tot ondertoezichtstelling van het kind of tot beëindiging van het gezag van de ouder(s) is ingediend, blijft de blokkade van kracht totdat op dit verzoek definitief is beslist. Als het kind uit huis is geplaatst in een pleeggezin in het kader van een ondertoezichtstelling en de pleegouders het kind een jaar of langer hebben verzorgd en opgevoed, kan niet zonder toestemming van de kinderrechter het verblijf van het kind in het pleeggezin worden beëindigd (artikel 1:265i BW).

In de volgende paragrafen wordt ingegaan op enkele bijzondere regelingen die alleen gelden voor bepaalde categorieën verzorgers/opvoeders.

Samenvattend en betekenis:

Het als (mede)verzorger/opvoeder een nauwe band met een kind opbouwen heeft tot gevolg dat die band niet zonder meer behoort te kunnen worden verbroken. Gebeurt dit toch, dan biedt de wet de verzorger/opvoeder mogelijkheden om via de rechter die band te herstellen. Het belang van het kind is daarin leidend.

Dit betekent voor het kind: als het contact tussen een volwassene die het kind (mede) heeft verzorgd en opgevoed, verbroken raakt, kan het kind de rechter vragen een contactregeling vast te stellen.

Dit betekent voor de volwassenen: een volwassene die een band met een kind heeft opgebouwd, heeft niet zonder meer te accepteren dat het contact dat hij met het kind heeft, niet langer wordt toegestaan door degene die het gezag over het kind heeft. Hij kan de rechter vragen het contact te herstellen. De rechter zal bij zijn beslissing of herstel van het contact is geboden, het belang van het kind vooropstellen.

9.2.5.1 Stiefouders

Als in de wet de term ‘stiefouder’ wordt gebezigd, wordt bedoeld op degene die is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft met een juridische ouder van het kind (zie bijvoorbeeld artikel 1:392 lid 1 onder c BW). De stiefouder is aanverwant in de eerste graad in de rechte lijn van zijn stiefkind en blijft dit ook nadat hij van de ouder van het kind is gescheiden (artikel 1:3 leden 2 en 3 BW). Aan dat formele stiefouderschap verbindt de wet een onderhoudsverplichting tot de leeftijd van eenentwintig jaar, doch alleen als het kind ook tot het gezin van de stiefouder behoort (artikelen 1:395 en 395a BW). Onduidelijk is wanneer zulks precies het geval is. Het begrip ‘behorend tot het gezin’ dient ruim te worden uitgelegd.¹⁷ Als een stiefkind tijdelijk buitenshuis wordt verzorgd en opgevoed of op kamers woont in verband met zijn studie, blijft het tot het gezin van de stiefouder behoren.¹⁸ Dit verandert als de samenwoning tussen de stiefouder en de ouder feitelijk wordt verbroken, bijvoorbeeld in verband met een echtscheiding of ontbinding van het geregistreerd partnerschap. Vanaf dat tijdstip behoort het stiefkind niet langer tot het gezin van de stiefouder en eindigt de onderhoudsverplichting die de stiefouder jegens het kind had.¹⁹ Ook in het geval dat het kind zijn hoofdverblijf bij de moeder had, daar ook stond ingeschreven, de stiefouder het kind nog nooit had gezien en er ook geen omgang was met de vader van het kind – de echtgenoot van de stiefouder – oordeelde de rechter dat het kind niet tot het gezin van de stiefouder behoorde en deze dus niet onderhoudsplichtig was.²⁰

Naast de formele stiefouder wordt in het spraakgebruik ook de niet gehuwde of niet geregistreerde nieuwe partner van een juridische ouder wel aangeduid als stiefouder. Men zou hem of haar de informele stiefouder kunnen noemen. Deze persoon is niet onderhoudsplichtig jegens het kind. Wel zal, als het kind mede wordt verzorgd en opgevoed door de partner van de juridische ouder, na verloop van tijd een nauwe persoonlijke betrekking met het kind ontstaan. Eindigt de relatie tussen de juridische ouder en de partner, dan kan de partner, evenals de formele ex-stiefouder, als gevolg van het bestaan van die nauwe persoonlijke betrekking aanspraak maken op omgang met het kind. De rechter zal, als hem een verzoek daartoe wordt voorgelegd, dienen te beoordelen of zich

17 Van Zeben z.j., p. 769.

18 Van Zeben 1969, p. 1431.

19 HR 7 februari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB7386, NJ 1975/245, m.nt. E.A.A. Luijten.

20 Hof 's-Hertogenbosch 29 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4357.

gronden voordoen om het recht op omgang te ontzeggen (artikel 1:377a lid 3 BW).

Onduidelijk is of het blokkaderecht van toepassing is in geval van formeel of informeel stiefouderschap. Die vraag kan zich met name voordoen in de volgende situatie. Het kind staat onder gezamenlijk gezag van zijn juridische ouders. De ouders zijn uit elkaar. Het kind woont in het gezin van een van zijn juridische ouders en diens nieuwe partner. Als de juridische ouder overlijdt, behoudt de nog levende juridische ouder het eenhoofdig ouderlijk gezag (artikel 1:253f BW).²¹ De met gezag belaste ouder heeft de zeggenschap over het kind en is dus ook degene die bepaalt waar het kind woont. Als het kind al die tijd met de instemming van die overlevende ouder zijn hoofdverblijfplaats heeft gehad in het gezin van de inmiddels overleden ouder en diens partner, kan worden betoogd dat het blokkaderecht van toepassing is en de overlevende ouder het kind niet zonder toestemming van de partner van de overleden ouder uit het gezin kan weghalen (artikel 1:253s BW). In dat geval en als de partner de toestemming weigert, zal de overlevende ouder een verzoek tot vervangende toestemming aan de rechter kunnen doen. De rechter zal de situatie moeten beoordelen, waarbij in geval van afwijzing van het verzoek de overlevende ouder het kind na uiterlijk zes maanden alsnog zal kunnen laten verhuizen, tenzij in de tussentijd een procedure tot ondertoezichtstelling of gezagsbeëindiging aanhangig is gemaakt. Nog onduidelijker wordt het als de juridische ouders het destijds niet eens zijn geworden over het antwoord op de vraag bij wie het kind zou gaan wonen, en de rechter heeft beslist dat het kind zijn hoofdverblijfplaats had bij de ouder die nadien is overleden. In dat geval kan wellicht niet worden gesproken van ‘verzorging en opvoeding met instemming van zijn ouders (...) door een of meer anderen als behorend tot het gezin’. Daarmee wordt dan niet voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het blokkaderecht. Als het blokkaderecht niet van toepassing is, kan dit tot gevolg hebben dat het kind van wie de ene met gezag belaste ouder is overleden, door de andere met gezag belaste ouder abrupt kan worden weggehaald uit de vertrouwde omgeving van het gezin waarin het kind al langere tijd verblijft. Noch de formele of informele stiefouder, noch het

21

Elke met gezag belaste ouder kan in zijn testament of in het gezagsregister een voogd aanwijzen om na zijn dood de zorg voor zijn minderjarige kind op zich te nemen (artikel 1:292 BW). Een ouder kan dus ook de stiefouder als voogd aanwijzen. Maar de aanwijzing heeft geen gevolg als er nog een andere met gezag belaste juridische ouder in leven is, zoals in dit voorbeeld (artikel 1:293 aanhef en onder a BW).

kind heeft een rechtsingang om de rechter te vragen te bepalen dat het kind in plaats van bij de met gezag belaste ouder zijn hoofdverblijf in het stiefgezin zal behouden. Als overeenstemming over de verblijfplaats van het kind van alle betrokkenen niet mogelijk is, kan alleen nog verandering in de verblijfplaats van het kind worden gebracht met behulp van een kinderbeschermingsmaatregel.²²

In sommige gevallen is het mogelijk dat de formele of informele stiefouder samen met de juridische ouder met wie hij een gezin vormt, het gezag over het kind krijgt (zie hiervoor Hoofdstuk 7, Gezag). Kort gezegd is de verkrijging van gezamenlijk gezag van de ouder en een ander redelijk eenvoudig via de rechter te verkrijgen als het kind slechts één juridische ouder heeft. Heeft het kind echter twee juridische ouders, dan is gezamenlijk gezag in een stiefgezinsituatie pas mogelijk na een jaar en alleen als de verzorgende ouder ten minste drie jaar het gezag over het kind alleen heeft uitgeoefend. Het verzoek wordt afgewezen als, mede in het licht van de belangen van de andere ouder, gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd (artikel 1:253t leden 2 en 3 BW). Wel moet in die afweging het belang van het kind voorop blijven staan.²³ Omdat het uitgangspunt is dat zoveel mogelijk de juridische ouders het gezamenlijk gezag over hun kinderen uitoefenen, wordt in de praktijk in geval van stiefoudersituaties veelal niet voldaan aan het vereiste dat de verzorgende ouder ten minste drie jaar het gezag eenhoofdig moet hebben uitgeoefend. Als wél aan dat criterium wordt voldaan, maar de andere ouder nog een rol van betekenis in het leven van het kind speelt, zal een verzoek tot belasting met het gezag van de formele of informele stiefouder desondanks kunnen worden afgewezen, bijvoorbeeld omdat de andere ouder zelf gezamenlijk gezag wil hebben en hij een voorkeurspositie heeft.²⁴

22 Te denken valt aan een ondertoezichtstelling van het kind en een machtiging tot uithuisplaatsing in het stiefgezin. De juridische ouder behoudt zijn gezag en verliest in dat geval alleen de bevoegdheid om de verblijfplaats van het kind te bepalen.

23 HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3639.

24 Rb. Oost-Brabant 30 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:388.

Samenvattend en betekenis:

Een formele stiefouder is de persoon die met een juridische ouder van een kind is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft. Die kwalificatie brengt een onderhoudsverplichting van de stiefouder jegens het kind met zich, maar alleen voor zover het kind daadwerkelijk tot het gezin van de stiefouder behoort en dus niet als het kind elders woont. Is geen sprake van een huwelijk of geregistreerd partnerschap, dan is een nieuwe partner van een juridische ouder geen formele stiefouder. Wel kan het zijn dat het kind mede door die informele stiefouder wordt verzorgd en opgevoed. Een ieder die een kind als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt, is verantwoordelijk voor het welzijn van het kind en hem is verboden geweld of enige andere vernederende behandeling in de opvoeding toe te passen. Doorgaans is noch de formele, noch de informele stiefouder belast met het gezag over het kind, maar in bijzondere omstandigheden kan dit wél het geval zijn.

Dit betekent voor het kind: als een kind mede wordt verzorgd en opgevoed door een nieuwe partner van zijn juridische ouder, kan dit betekenen dat het kind ook deze persoon als zijn ouder ervaart, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Soms zal een kind de nieuwe partner juist helemaal niet als een ouder ervaren. Behalve als de nieuwe partner ook gezag over het kind heeft, hetgeen alleen in uitzonderingssituaties het geval is, heeft de nieuwe partner geen zeggenschap over het kind. Beslissingen over het kind worden genomen door zijn juridische ouder(s) met gezag. Als de stiefouder het gezin verlaat en een juridische ouder met gezag voortzetting van het contact niet toestaat, kan het kind de rechter vragen om een contactregeling vast te stellen.

Dit betekent voor de volwassenen: een stiefouder heeft nauwelijks rechten. Hij heeft immers geen gezag over het kind dat, als het tot zijn gezin behoort, mede door hem wordt verzorgd en opgevoed. Wel moet hij, als hij een formele stiefouder is en hij dus is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft met de juridische ouder van het kind, meebetalen aan de kosten van de verzorging en opvoeding van het kind. Mocht het contact met het kind verbroken raken, dan blijft het recht op omgang bestaan en kan hij de rechter benaderen om een omgangsregeling met het kind vast te stellen.

9.2.5.2 Pleegouders

Pleegouderschap komt in verschillende vormen voor. Een pleegouder kan een persoon zijn die een kind verzorgt en daarover een pleegcontract met een pleegzorgaanbieder heeft gesloten (artikel 1.1 Jeugdwet). Aan het sluiten van een dergelijk contract gaan een screening en een training vooraf. Maar de verzorger/opvoeder van een kind kan ook pleegouder zijn zonder dat sprake is van een contract met een pleegzorgaanbieder. De ouders hebben bijvoorbeeld het kind buiten het hulpverleningscircuit om zelf in een pleeggezin geplaatst. In dat geval kunnen de pleegouders na een jaar aanspraak maken op het hiervoor besproken blokkaderecht. Zij staan, als gevolg van het feit dat zij het kind enige tijd hebben verzorgd en opgevoed, in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind en hebben daarmee een recht op omgang met het kind in de situatie waarin het kind niet langer in hun gezin woont.

Van groot belang voor de verhouding tussen pleegkind en pleegouder is of de pleegouder is belast met de voogdij. De kinderbeschermingswetgeving heeft als uitgangspunt dat, als een kind in een pleeggezin woont en duidelijk is (geworden) dat het daar zijn verdere jeugd zal doorbrengen, het gezag over het kind zoveel mogelijk bij zijn feitelijke verzorgers/opvoeders behoort te liggen. De pleegouders kunnen dan worden belast met de voogdij over het kind. Zij moeten dat wel zelf willen. Uit onderzoek dat in opdracht van de Staatscommissie is verricht, blijkt dat de belangrijkste overwegingen voor pleegouders om de voogdij te willen hebben over hun pleegkind, zijn dat zij dan de belangrijke beslissingen over het pleegkind zelf kunnen nemen en het pleegkind het gevoel geven dat het helemaal bij het pleeggezin hoort.²⁵ Maar er doen zich ook geregeld zodanige omstandigheden voor dat de pleegouders er de voorkeur aan geven dat de voogdij bij een gecertificeerde instelling zal berusten en daar voorlopig zal blijven berusten. Die omstandigheden zijn met name gelegen in de soms problematische contacten tussen de juridische ouders en het kind. Pleegouders geven er dan de voorkeur aan dat de gecertificeerde instelling de formele verantwoordelijkheid heeft voor de uitvoering en begeleiding van die contacten en bijvoorbeeld als buffer

25 Regioplan 2015, p. 29. Een kanttekening die is te maken bij de inventarisatie van de wensen van pleegouders om met de voogdij te worden belast, is dat de vraag of men de voogdij over het pleegkind op zich wil nemen, aan alle onderzochte pleegouders is gesteld. Dat betrof derhalve ook pleegkinderen van wie nog niet duidelijk is of zij mogelijk teruggaan naar hun eigen ouders of nog zullen worden overgeplaatst naar een ander pleeggezin, dat beter kan tegemoetkomen aan specifieke problemen die het kind heeft.

kan fungeren. Ook geven pleegouders aan dat zij geen verandering willen in de begeleiding²⁶ door pleegzorgwerkers en zijn zij soms bang dat de problemen die het pleegkind heeft, dermate groot zijn, dat begeleiding door professionals nodig zal blijven.²⁷ In het onderzoek komt overigens ook naar voren dat bijna 40% van de pleegouders behoefte heeft aan de overdracht van bepaalde onderdelen van het gezag. Gedacht wordt dan aan het zelfstandig kunnen inschrijven van het pleegkind op een school, doktersbezoek, het aanvragen van een paspoort en praktische zaken als het openen van een bankrekening.²⁸

Als pleegouders bereid zijn de volledige voogdij te aanvaarden en de rechter hen met de voogdij belast, hebben zij voor wat betreft de zeggenschap over het kind dezelfde positie als juridische ouders die zijn belast met het gezag. Zie hiervoor Hoofdstuk 7, Gezag (de gelijkwaardigheid van ouderlijk gezag en voogdij blijkt reeds uit het eerste gezagsartikel in de wet; zie immers artikel 1:245 lid 2 BW). Het zijn van pleegoudervoogd heeft in de regel niet tot gevolg dat de pleegouder onderhoudsplichtig wordt jegens het pleegkind. Een onderhoudsplicht ontstaat wél als sprake is van gezamenlijke voogdij van twee pleegouders én de pleegouders niet over een pleegcontract met een zorgaanbieder beschikken (artikel 1:282 lid 6 BW in verbinding met artikel 5.2 Jeugdwet). Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor in geval van weeskinderen. Als de ouders twee personen hebben aangewezen om de voogdij over hun kind uit te oefenen ingeval zij voortijdig komen te overlijden en beiden de voogdij hebben aanvaard, is geen sprake van een jeugdhulpsituatie en evenmin van een pleegcontract met een zorgaanbieder. De pleegoudervoogden zijn dan onderhoudsplichtig jegens hun pleegkind. Zij moeten dan zelf de kosten betalen die gepaard gaan met de verzorging en opvoeding en die niet kunnen worden gedekt door de wezenuitkering die het kind ontvangt.

26 Als pleegouders de voogdij op zich nemen, beperkt de begeleiding door de zorgaanbieder zich tot één gesprek per jaar, tenzij de pleegouder zelf om meer begeleiding verzoekt (artikel 5.2 Jeugdwet).

27 Regioplan 2015, p. 23. Opmerking verdient dat pleegouders, ook als zij de voogdij op zich nemen, altijd begeleiding kunnen krijgen als zij hieraan behoefte hebben. Zie artikel 5.2 Jeugdwet: 1. Het pleegcontract bevat in ieder geval afspraken omtrent de wijze waarop de verzorging en opvoeding van de desbetreffende jeugdige door de pleegouder worden uitgevoerd en de begeleiding die zij daarbij ontvangen van de pleegzorgaanbieder. 2. De afspraken over de begeleiding van een pleegoudervoogd beperken zich tot een begeleiding van één gesprek per jaar, tenzij de pleegoudervoogd verzoekt om meer begeleiding.

28 Regioplan 2015, p. 24.

In de Successiewet 1956, waarin de erfbelasting en de schenkbelasting zijn geregeld, worden pleegkinderen gelijkgesteld met eigen kinderen van de erflater, mits de pleegkinderen door de pleegouder als een eigen kind zijn onderhouden en opgevoed. De Successiewet 1956 stelt hieraan bovendien een termijn toe, te weten minimaal vijf jaar (artikel 19 lid 1 aanhef en onder c en lid 2 Successiewet 1956). De wet preciseert niet nader wat onder 'als een eigen kind onderhouden en opgevoed' dient te worden verstaan. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat, wil sprake zijn van onderhoud en opvoeding als een eigen kind, het verzorgen en opvoeden van het kind wel een zodanige intensiteit moet hebben dat de pleegouder in feite de plaats van de ontbrekende ouder inneemt.²⁹

Veel pleegouders behoren overigens tot de '*extended family*' van kinderen. De pleeggezinplaatsingen bij grootouders, ooms, tantes of burens en vrienden (de zogenaamde netwerkplaatsingen) betreffen op dit moment ruim 40% van de plaatsingen.³⁰

Samenvattend en betekenis:

Als een kind niet kan worden verzorgd en opgevoed door de eigen ouder of ouders, kan het in een pleeggezin worden geplaatst. Dit kan in vrijwillig kader door de ouders zelf gebeuren of in het kader van een kindbeschermingsmaatregel. Soms zal het gezag over het kind bij een of beide juridische ouders blijven berusten, al dan niet ingeperkt door een maatregel van ondertoezichtstelling. Als de ouders van een kind zijn overleden of als hun gezag door de rechter is beëindigd, zal het gezag over het kind in de regel worden uitgeoefend door een instelling van jeugdbescherming of door de pleegouders.

Dit betekent voor het kind: een kind kan tijdelijk in een pleeggezin wonen of permanent. Is duidelijk dat de plaatsing niet tijdelijk is, dan behoort voor het kind duidelijk te zijn wie het over het kind voor het zeggen heeft, met wie het kind het moet roeien. Een kind houdt altijd recht op contact met zijn ouders en kan de rechter ook vragen hierover een regeling vast te stellen.

29

HR 21 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0161.

30

Pleegzorg Nederland 2014.

Dit betekent voor de ouders: als ouders niet langer voor hun eigen kind kunnen zorgen, kan die zorg worden overgenomen door pleegouders. Dit kan tijdelijk zijn of permanent. In geval van tijdelijke pleegzorg zullen de ouders bij de opvoedbeslissingen betrokken blijven. Voor sommige beslissingen is hun expliciete toestemming nodig. Als duidelijk is geworden dat het kind niet meer naar de ouders zal terugkeren, komen de ouders meer op afstand te staan. Hun gezag kan worden beëindigd en de zeggenschap over hun kind gaat over naar een instelling voor jeugdbescherming of naar de pleegouders. De ouders houden echter recht op omgang met hun kind. De rechter heeft uiteindelijk het laatste woord in de vaststelling van de mate en intensiteit van het contact.

9.2.5.3 Grootouders

Grootouders hebben in de wet geen bijzondere positie in hun juridische relatie ten opzichte van hun kleinkinderen. Grootouders zijn familieleden (bloedverwanten) van het kind, evenals ooms en tantes, neven en nichten etc. In de rechtspraak komt het met enige regelmaat voor dat grootouders en kleinkinderen geen contact met elkaar kunnen onderhouden of dat het contact wordt verbroken, bijvoorbeeld omdat de ouders van de kinderen uit elkaar gaan. Als de ouder van het kind zelf geen goed contact heeft met de ouders van de ex-partner, kan het gebeuren dat hij de contacten van zijn kind met de grootouders blokkeert. Ook kan het zijn dat een ouder geen goed contact (meer) heeft met zijn eigen ouder of schoonouder en ook dan kan het contact tussen het kind en de grootouders als gevolg daarvan worden verbroken of in het geheel niet tot stand komen. Als grootouders een rol van betekenis hebben gehad in de verzorging en opvoeding van hun kleinkind, kan hun band worden gekwalificeerd als een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in artikel 1:377a BW. Dit heeft tot gevolg dat de grootouders de rechter kunnen vragen een omgangsregeling met hun kleinkind vast te stellen of dat het kind de rechter informeel kan benaderen om te bewerkstelligen dat het contact met de grootouders wordt hersteld. Of de grootouders daadwerkelijk aanspraak kunnen maken op het in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan, hangt af van de concrete omstandigheden.³¹ Uit de rechtspraak blijkt dat een 'normale' band tussen grootouder en kleinkind, waarbij de grootouders geen daadwerkelijke rol in de verzorging en opvoeding van het kind hebben gehad, niet valt aan te merken als een nauwe persoonlijke betrekking op grond waarvan een recht op omgang is

ontstaan.³² Dat is anders in situaties waarin het kind bijvoorbeeld enige tijd in het huis van de grootouders heeft gewoond of als de grootouders een aanmerkelijk deel van de dagelijkse zorg voor de kinderen op zich hebben genomen gedurende de perioden waarin de ouders aan het werk waren.³³ Maar het hebben van recht op omgang betekent nog niet dat de rechter daadwerkelijk een omgangsregeling zal vaststellen. Het belang van het kind is leidend. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de verhoudingen dermate zijn verstoord dat het verplichten tot het toestaan van omgang het kind meer kwaad dan goed doet of dat het kind zelf geen omgangsregeling wil en dat goed kan verwoorden. In zulke gevallen zal de rechter niet snel een omgangsregeling opleggen.³⁴

Samenvattend en betekenis:

Over het algemeen hebben kinderen een zekere mate van contact met een of meer grootouders. Soms spelen grootouders een intensievere rol in de (mede) verzorging en opvoeding van hun kleinkinderen, bijvoorbeeld als vaste oppas- opa en -oma of omdat kind en kleinkind gedurende kortere of langere tijd bij de grootouders inwonen. Grootouders hebben geen bijzondere positie in de wet. Als zij een verdergaande band dan de min of meer gewone bezoeken over en weer en af en toe een dagje uit met hun kleinkind hebben, wordt hun band gekwalificeerd als een 'nauwe persoonlijke betrekking'. Die kwalificatie brengt in beginsel een recht op omgang met zich als het contact tussen grootouder en kleinkind verbroken mocht raken.

Dit betekent voor het kind: als een kind een hechtere band heeft met een grootouder dan de normale grootouderband en het contact met die grootouder wordt verbroken, kan het kind de rechter vragen om een contactregeling vast te stellen.

32 HR 15 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC4158, NJ 1988/654, m.nt. E.A. Alkema; Rb. Rotterdam 25 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3963.

33 EHRM 2 november 2011, 14565/05, § 71 (*Nistor/Roemenië*). In een recente uitspraak lijkt het EHRM eerder aan te nemen dat er *family life* bestaat tussen grootouder en kleinkind; zie EHRM 21 januari 2015, 107/10, § 47 (*Manuello & Nevi/Italië*).

34 Zie voor enkele voorbeelden uit de rechtspraak met verschillend resultaat: Hof Den Haag 14 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3221; Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3092; Rb. Overijssel 27 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7046.

Dit betekent voor de volwassenen: degene die het gezag over het kind heeft, bepaalt in beginsel met wie het kind contact heeft. In geval van (echt)scheiding of andere problemen in de familie kan het contact tussen een grootouder en een kind worden verbroken. Het is in eerste instantie aan de met gezag belaste ouder van het kind om ervoor te zorgen dat het kind ook met andere volwassenen, bijvoorbeeld grootouders, banden kan opbouwen en onderhouden. Kan of wil de met gezag belaste ouder het kind daarvoor geen ruimte bieden, dan kan de grootouder, mits deze een nauwe persoonlijke betrekking met het kind heeft opgebouwd, de rechter vragen een contactregeling vast te stellen. Als de rechter een contactregeling vaststelt, moet deze door degene die het gezag over het kind heeft, worden gerespecteerd.

9.3 BEVINDINGEN

9.3.1 TOEPASSELIJKHEID BLOKKADERECHT

Zoals aangegeven in par. 9.2.5 (Overige verzorgers/opvoeders), is onduidelijk of een formele of informele stiefouder na het overlijden van de juridische ouder het blokkaderecht kan invoeren tegen de andere juridische ouder, die het kind na het overlijden van de partner van de stiefouder uit het gezin van de stiefouder wil weghalen. Mogelijk heeft het kind in het stiefgezin ook halfzusjes en/of -broertjes en dan kan het extra belastend zijn als het kind zonder rechterlijke toetsingsmogelijkheid letterlijk de woonplaats van zijn enig overgebleven juridische ouder dient te volgen.

Samenvattend en betekenis:

Onduidelijk is of de persoon in wiens gezin het kind heeft gewoond toen zijn juridische ouder nog leefde, het blokkaderecht kan invoeren als de andere juridische ouder het kind opeist.

Dit betekent voor het kind: als een kind reeds lange tijd heeft gewoond in het gezin van zijn ene juridische ouder en diens nieuwe partner en die juridische ouder overlijdt, kan het zijn dat het kind nog een andere juridische ouder heeft, die het gezag over het kind heeft en wil dat het bij hem komt wonen.

Normaal gesproken zal hierover door de betrokken volwassenen overleg worden gevoerd, maar dat is niet altijd mogelijk. Is sprake van slechte onderlinge verhoudingen, dan kan dit ertoe leiden dat het kind onverhoeds uit zijn vertrouwde omgeving wordt weggehaald en niet alleen door de dood wordt gescheiden van zijn juridische ouder, maar ook van diens nieuwe partner, de persoon die hem mede verzorgde en opvoedde, en van eventuele stiefbroertjes en -zusjes.

Dit betekent voor de volwassenen: als het blokkaderecht van toepassing is, kan dit worden ingeroepen door de feitelijke verzorger, de formele of informele stiefouder. Onzeker is of de rechter dat beroep zal honoreren. Doet hij dit niet, dan zal het kind uit het gezin van de stiefouder moeten vertrekken. Wel kan de stiefouder de rechter vragen een contactregeling vast te stellen.

9.3.2 GEHELE OF GEDEELTELIJKE VOOGDIJOVERDRACHT AAN PLEEGOUDERS

Als een kind in een pleeggezin woont en duidelijk is dat het daar zijn verdere jeugd zal doorbrengen, wordt het gezag van de ouders doorgaans na verloop van tijd beëindigd. Er dient dan in de voogdij te worden voorzien. Als pleegouders dat willen, kunnen zij met de voogdij over het kind worden belast. Maar in de praktijk wordt de voogdij ook in deze gevallen geregeld opgedragen aan een gecertificeerde instelling en wordt de voogdij ook niet op een later tijdstip alsnog overgedragen. In sommige situaties is sprake van dermate grote problemen bij het pleegkind zelf of in de relatie met de juridische ouders van wie het gezag is beëindigd, dat het van de pleegouders te veel is gevraagd om de gehele verantwoordelijkheid voor het besturen van deze processen zelf te dragen. In andere gevallen wordt het uitblijven van voogdijoverdracht veroorzaakt door onzekerheid over de toekomst en mogelijk problemen die alsnog kunnen ontstaan en waarvoor pleegouders, naar zij vrezen, geheel alleen komen te staan. Het uitblijven van voogdijoverdracht in situaties waarin het kind geheel is geworteld in het pleeggezin, kan voor het kind als nadeel hebben dat het bij het kind kan leiden tot onzekerheid over het antwoord op de vraag waar het nu eigenlijk thuishoort. Bovendien is het voor een

kind ongewenst om een instelling als voogd te hebben.³⁵ De huidige wettelijke regelingen bieden op dit moment geen mogelijkheden om de voogdij gedeeltelijk aan pleegouders over te dragen. Uit het in opdracht van de Staatscommissie onder pleegouders verrichte onderzoek blijkt dat pleegouders hieraan behoefte kunnen hebben.

Samenvattend en betekenis:

Als duidelijk is dat een kind niet meer zal terugkeren naar zijn juridische ouders, maar zijn jeugd naar verwachting verder zal doorbrengen in het pleeggezin, kunnen de pleegouders in de regel de voogdij over het pleegkind krijgen. Pleegouders willen dit niet altijd. Soms bestaat wel behoefte aan overdracht van delen van het gezag.

Dit betekent voor het kind: als het gezag over het kind niet wordt uitgeoefend door degene(n) die de dagelijkse zorg voor hem heeft/hebben, kan dit voor het kind onzekerheid met zich brengen. Het kind zal niet altijd goed weten naar wie het zich heeft te richten.

35 Opvoedingsrelaties worden gekenmerkt door onvoorwaardelijke betrokkenheid. Deze zou ook aanwezig moeten zijn in de relatie tussen het kind en de volwassenen die voor het kind zorgen na een gezagsbeëindiging. In vrijwel alle wetenschappelijke publicaties en vakpublicaties over opvoedingsarrangementen wordt benadrukt dat stabiliteit, voorspelbaarheid, duidelijkheid en betrouwbaarheid van affectieve relaties tussen kinderen en volwassenen essentieel zijn voor een goede ontwikkeling van het kind. Van een professionele voogd met een beperkte hoeveelheid tijd voor een kind kan een dergelijk commitment niet worden verwacht, al was het maar omdat de persoon van de voogdijwerker regelmatig wisselt. Van pleegouders mag een dergelijke relatie wél worden verwacht. De instelling die is belast met de voogdij, beslist in principe over belangrijke zaken in het leven van kinderen, waaronder ook het verblijf in het pleeggezin. Dit zorgt voor onzekerheid bij zowel pleegkind als pleegouders. In het rapport Hermanns 2008 heeft dit tot het advies geleid voor een opvoedingsarrangement waarin er minstens één volwassene is die de duurzame relatie met het kind kan opbouwen en onderhouden. Dit uitgangspunt is vervolgens vertaald in een 'Methode Voogdij' die landelijk is ingevoerd.

Dit betekent voor de volwassenen: ook voor de volwassenen kan het zijn geboden dat duidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag wie het over het kind voor het zeggen heeft. Zeggenschap hebben brengt immers ook een verantwoordelijkheid met zich, want beslissingen moeten zorgvuldig worden genomen, waarbij voor- en nadelen tegen elkaar kunnen worden afgewogen. De overdracht van de zeggenschap aan pleegouders kan voor ouders moeilijk zijn, omdat zij daardoor het gevoel kunnen krijgen te zijn 'ontouderd'. Pleegouders die de relatie met de ouders graag zo goed mogelijk willen houden, kunnen zich om die reden zien genooddaakt de voogdij bij een gecertificeerde instelling te laten. Dit bevordert voor geen van betrokkenen de duidelijkheid.

9.3.3 VARIËTEIT EN ONDUIDELIJKHEID

Er bestaan naast de juridische ouders met gezag verschillende categorieën verzorgers/opvoeders. In geval van sommige categorieën is het zowel voor kinderen zelf als voor de verzorger/opvoeder relatief eenvoudig om de hulp van de rechter in te roepen, in geval van andere categorieën is dat lastiger of onmogelijk, bijvoorbeeld omdat de intensiteit van de zorgrelatie niet voldoende was en/of uitdrukkelijk is vereist dat het kind ten minste een jaar als behorende tot het gezin is verzorgd en opgevoed. Dit kan betekenen dat het kind én de verzorger/opvoeder afhankelijk zijn van de toestemming of medewerking van degene die met het gezag over het kind is belast om bijvoorbeeld contact te laten bestaan. Voor het kind kan dit betekenen dat er een of meer breuken ontstaan met personen die het kind dierbaar zijn of die een onderdeel vormen van zijn ontstaansgeschiedenis. Voor degene die zich zorgen maakt over het wel en wee van een kind bij wie hij zich erg betrokken voelt, al dan niet als gevolg van het bestaan van een familieband, kan onduidelijk zijn wat zijn positie is. Anderzijds biedt het fijnmazige wettelijke systeem met als vangnet de plicht van de overheid om de nauwe persoonlijke betrekking tussen bepaalde volwassenen en het kind te beschermen (*family life* in de zin van artikel 8 EVRM) zowel mogelijkheden tot behoud van die band als bescherming van het gezin waarin het kind opgroeit, tegen de bemoeienis van al te veel niet tot het gezin behorende personen.

Samenvattend en betekenis:

Het huidige Nederlandse systeem kent verschillende bevoegdheden en mogelijkheden om bemoeienis te hebben met de verzorging en opvoeding van een kind, afhankelijk van de soort betrekking tussen de verzorger/opvoeder en het kind. Soms kan de rechter worden gevraagd een beslissing te nemen. In andere gevallen heeft de verzorger/opvoeder geen toegang tot de rechter.

Dit betekent voor het kind en de volwassenen: het kan voor een kind en de volwassenen onduidelijk zijn wanneer nu wel of niet de hulp van de rechter kan worden ingeroepen om te bewerkstelligen dat een zorgrelatie tussen een kind en een volwassene intact blijft.

9.3.4 ZORGRELATIE ZONDER GEZAG

Uit het voorgaande blijkt dat een groot deel van de daadwerkelijke verzorgers/opvoeders geen gezag heeft over het kind dat zij (mede) verzorgen en opvoeden.³⁶ Dit betekent dat deze personen geen enkele formele zeggenschap hebben over het kind. In de praktijk zullen zij vaak wel informeel zijn betrokken bij opvoedingsbeslissingen, maar alleen en voor zover het overleg met de persoon of personen die met het gezag over het kind is of zijn belast, goed verloopt. Zodra zich hierin problemen voordoen, heeft de feitelijke verzorger/opvoeder geen positie. In de praktijk kan deze daarin dezelfde problemen ondervinden als de pleegouder zonder gezag. Beslissingen inzake medisch handelen, paspoortaanvraag, inschrijven op school etc. kan hij niet zelfstandig nemen.

Samenvattend en betekenis:

Degene die de daadwerkelijke zorg voor het kind heeft, heeft in veel gevallen geen zeggenschap over het kind. Hij is afhankelijk van de beslissingen die de gezagsdrager neemt.

36

Cijfers over gezagsverhoudingen ontbreken, maar uit steekproeven blijkt bijvoorbeeld dat slechts 2,5% van de stiefouders samen met de juridische ouder gezag heeft, in 2% van de gevallen is sprake van stiefouderadoptie (en gezag van de stiefouder), terwijl meer dan 50% van de stiefouders een grote of substantiële rol heeft in het leven van het kind dat zij mede verzorgen en opvoeden; zie Antokolskaia e.a. 2014.

Dit betekent voor het kind: voor een kind kan het moeilijk zijn om te aanvaarden dat degene die dagelijks voor het kind zorgt, op de hoogte is van hetgeen er in zijn hoofd en hart omgaat en het kind het beste kent, niets over het kind heeft te zeggen.

Dit betekent voor de volwassenen: volwassenen die een taak hebben in de verzorging en opvoeding van een kind, hebben niet altijd een gelijkwaardige positie.

9.3.5 OMGANG MET ZAADDONOREN, EICELDONOREN, EMBRYODONOREN EN DRAAGMOEDERS

Een kind kan zijn verwekt met behulp van donorgameten van een bekende donor of van een onbekende donor. Als de identiteit van de donor bij de juridische ouders onbekend is, kan het nog wel zijn dat de gegevens zijn geregistreerd bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Het kind kan vanaf de leeftijd van zestien jaar bij de Stichting informatie vragen over de identiteit van de donor, ook als deze niet wil dat zijn gegevens aan het kind worden verstrekt (artikel 3 lid 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). In geval van een bekende donor kunnen de ouders hebben afgesproken of naderhand overeenkomen dat het kind en de donor contact met elkaar hebben. Willen de ouders en/of de donor dit niet, dan zijn de mogelijkheden om contact via de rechter af te dwingen gering. Aan het vereiste van een nauwe persoonlijke betrekking tussen een kind en zijn zaaddonor, eiceldonor of embryodonor zal immers niet snel zijn voldaan, omdat er veelal geen sprake zal zijn van bijkomende omstandigheden.³⁷ De wet verplicht de donor niet tot omgang met zijn kind, zoals bijvoorbeeld wél een juridische ouder met of zonder gezag verplicht is tot omgang. Voor de draagmoeder geldt dat zij juridisch ouder is en op grond daarvan hebben kind en draagmoeder recht op omgang met elkaar. Na de afstand van het kind aan de wensou-

37

HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5798, NJ 2013/122, m.nt. S.F.M. Wortmann: uit bijkomende omstandigheden moet volgen dat het voornemen of de bedoeling bestond een familieband te doen ontstaan tussen de spermadonor en het kind. Als dit niet het geval is, is de spermadonor niet ontvankelijk in zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling met het kind. Zie ook HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (statusvoorlichting).

ders duurt het recht op omgang tussen kind en draagmoeder waarschijnlijk niet voort.³⁸

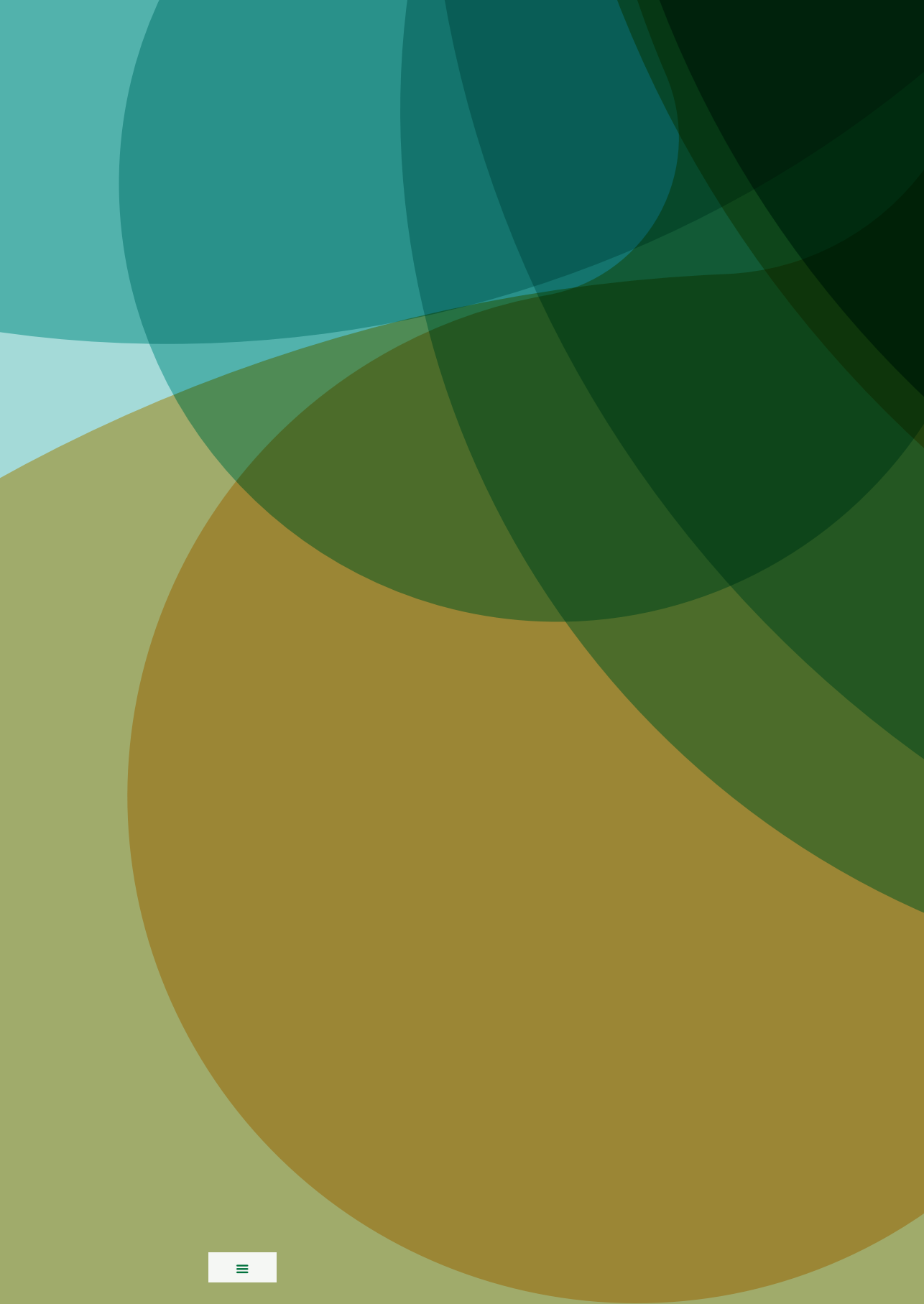
Samenvattend en betekenis:

Dit betekent voor het kind: het kan voor een kind in verband met het incorporeren van zijn ontstaansgeschiedenis belangrijk zijn om contact te kunnen leggen en desgewenst te onderhouden met de persoon of personen van wie het kind genetisch afstamt. Het huidige recht biedt een kind alleen de mogelijkheid om aan de rechter te vragen om een omgangsregeling met de donor vast te stellen, als tussen het kind en de donor een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als er enige tijd contact is geweest tussen donor en kind en dit contact is verbroken. Bestaat er geen nauwe persoonlijke betrekking, dan voorziet de huidige regeling niet in de mogelijkheid voor het kind om via de rechter contact met de donor af te dwingen.

Dit betekent voor de juridische ouders: de juridische ouders van het kind bepalen met wie het kind contact heeft. Als de juridische ouders contact met een donor niet van belang achten, kunnen zij dit tegenhouden.

Dit betekent voor de donor: de donor is afhankelijk van de medewerking van de juridische ouders aan omgang met het kind. Als de juridische ouders hieraan niet willen meewerken, kan de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, bijvoorbeeld omdat hij geregeld contact met het kind had of duidelijk is dat de ouder(s) en de donor van plan waren te bewerkstelligen dat hij een vaderrol in het leven van het kind zou spelen, de rechter vragen een omgangsregeling vast te stellen. De donor die niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, heeft geen mogelijkheden om via de rechter de omgang met het kind af te dwingen.

38 Na de afstand is immers waarschijnlijk niet langer sprake van *family life* in de zin van artikel 8 EVRM. Wel raakt het al dan niet hebben van omgang met het kind aan het recht op bescherming van het *private life* van de draagmoeder; zie EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (*I.S./Duitsland*).



10 OUDERSCHAP, GEZAG EN DRAAGMOEDERSCHAP IN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHTELIJK PERSPECTIEF

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de internationaal privaatrechtelijke aspecten van ouderschap, gezag en draagmoederschap; de term ouderschap wordt hierna gebruikt als verzamelbegrip voor alle afstammingsrechtelijke kwesties, inclusief draagmoederschap. Het internationaal privaatrecht (afgekort als 'IPR') komt in beeld wanneer vanwege de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van de betrokkenen internationale elementen aan ouderschap of gezag kleven; dat wil zeggen dat de rechtssfeer van meerdere staten is betrokken bij het ontstaan of de wijziging van ouderschap of gezag. Omdat onze Nederlandse samenleving overwegend internationaal is georiënteerd en de mobiliteit van burgers wereldwijd alsmaar toeneemt, rijzen in de Nederlandse rechtspraktijk veelvuldig vragen van IPR. Toegespitst op de onderwerpen ouderschap en gezag gaat het vooral om de volgende vragen van IPR waar burgers, de ambtenaar van de burgerlijke stand, de rechter en andere overheidsinstanties in Nederland tegenaan lopen.

Allereerst is dat de vraag welk materieel rechtstelsel, het Nederlandse recht uit Boek 1 BW of het privaatrecht van een vreemde staat, van toepassing is op het ontstaan of de wijziging van ouderschap of gezag in Nederland. Een voorbeeld: wanneer een Nederlandse man bij de ambtenaar van de burgerlijke stand een kind wil erkennen dat in België is geboren uit een Algerijns-Franse vrouw, rijst de vraag welk van de betrokken rechtstelsels (Nederlands, Belgisch, Algerijns of Frans afstammingsrecht) bepaalt of, en zo ja, onder welke voorwaarden deze erkenning is toegestaan. Het is niet vanzelfsprekend dat op deze afstammingsrechtelijke vraag steeds het Nederlandse afstammingsrecht uit Boek 1 BW van toepassing is. Een nauw met de afstamming betrokken rechtstelsel van een vreemde staat komt op grond van het Nederlandse IPR eveneens voor toepassing in aanmerking.

Voorts kan de vraag rijzen of, en zo ja, welke rechtskracht in Nederland toekomt aan een in het buitenland tot stand gekomen of gewijzigde ouderschaps- of gezagsverhouding. Een voorbeeld: wanneer twee Nederlandse wensouders in Oekraïne de juridische ouders zijn geworden van een kind dat uit een Oekraïense draagmoeder is geboren, rijst de vraag of de Oekraïense geboorteakte waarop de Nederlandse wensouders als de juridische ouders van het kind worden vermeld, kan worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand in Nederland. Het

antwoord op deze vraag naar de erkenning van een buitenlandse afstammingsverhouding is van groot belang voor de afstammingsstatus van het kind. Indien erkenning wordt geweigerd, leidt dat tot een hinkende afstammingsstatus; dit betekent dat het kind volgens het ene land wél en volgens het andere land niet als juridische afstamming van de wensouders geldt.

Deze vragen over het toepasselijke recht en de rechtskracht van buitenlandse afstammings- en gezagsverhoudingen worden in dit hoofdstuk in kaart gebracht aan de hand van de verschillende in Nederland geldende bronnen van IPR. Het doel van deze analyse is allereerst om duidelijk te maken dat niet in alle gevallen van afstamming en gezag de regels van het Nederlandse Boek 1 BW van toepassing zullen zijn. Onder omstandigheden zal het recht van een vreemde staat de afstamming van en het gezag over het kind beheersen, met terzijdestelling van het Nederlandse materiële recht. Verder heeft deze analyse tot doel om de knelpunten bij de toepassing van het bestaande Nederlandse IPR in kaart te brengen, waar het de onderwerpen van afstamming en gezag betreft. Vooral bij de erkenning in Nederland van afstammingsverhoudingen die in het buitenland zijn ontstaan als gevolg van draagmoederschap, blijken in de praktijk grote problemen te bestaan. Ten slotte wordt met de IPR-analyse in dit hoofdstuk aandacht gevraagd voor het risico op niet-erkenning in het buitenland van (nieuwe vormen van) afstammings- of gezagsverhoudingen die in Nederland zijn ontstaan.

Evenals in Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, Hoofdstuk 7, Gezag, en Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland, wordt volstaan met een beschrijving op hoofdlijnen. Op voor de praktijk minder relevante kwesties wordt niet ingegaan.¹

1

Zie voor een nadere bespreking Asser/Vonken 10-II 2016, Strikwerda 2015 en De Boer & Ibili 2012.

Samenvattend:

Het internationaal privaatrecht ('IPR') komt in beeld wanneer aan ouderschap of gezag internationale elementen kleven, d.w.z. dat de rechtssfeer van meerdere staten is betrokken bij het ontstaan of de wijziging van ouderschap of gezag. IPR-vragen die aan bod kunnen komen, zijn: welk rechtssysteem, het Nederlandse recht of het recht van een vreemde staat, is van toepassing op het ontstaan of de wijziging van ouderschap of gezag in Nederland, en welke rechtskracht komt in Nederland toe aan een in het buitenland tot stand gekomen of gewijzigde ouderschaps- of gezagsverhouding?

10.2 BRONNEN VAN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Er zijn verschillende bronnen waarin het voor Nederland geldende IPR is neergelegd en waarin het antwoord kan worden gevonden op de in de inleiding geformuleerde vragen. Om te beginnen zijn dat Europese verordeningen waarin het IPR voor deelonderwerpen van het privaatrecht voor de lidstaten van de Europese Unie uniform wordt geregeld,² zoals de Brussel IIbis-Verordening,³ die betrekking heeft op de internationale bevoegdheid van de rechter en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake echtscheidingen en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. In deze verordening kan het antwoord worden gevonden op de vraag naar de rechtskracht die een gezagsbeslissing van de rechter uit een lidstaat heeft in de overige lidstaten van de Europese Unie. Er zijn geen Europese verordeningen waarin het IPR met betrekking tot afstammingsvraagstukken is geregeld. Op dit moment bestaat ook geen voornemen om een Europese verordening inzake het IPR betreffende afstammingsrecht op te stellen. Dit neemt niet weg dat het onderwerp,

2 De grondslag van die uniformering is neergelegd in artikel 81 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

3 Verordening (EG) nr. 2201/2003 van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, *PbEU* 2003, L 338/1.

in het bijzonder de afstamming volgend op draagmoederschap, wel de aandacht heeft van diverse instellingen van de Europese Unie.⁴

Een andere belangrijke bron van het IPR zijn internationale verdragen, in het bijzonder die van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht,⁵ waarin voor de aangesloten verdragslanden het IPR voor deelonderwerpen uniform wordt geregeld. Een voorbeeld hiervan is het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996,⁶ dat betrekking heeft op de internationale bevoegdheid van de rechter, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid. In dit verdrag kan het antwoord worden gevonden op de vraag welk recht van toepassing is op het (al dan niet van rechtswege) ontstaan of de wijziging van gezag, maar ook op de vraag welke rechtskracht een gezagsbeslissing van de rechter van een verdragsland heeft in de overige verdragslanden.

Op deze plek moet worden vermeld dat het IPR betreffende afstammingsrecht, in het bijzonder in draagmoederschapsverband, de aandacht heeft van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Uit een rapport van maart 2014, opgesteld door het Bureau Permanent van de Haagse Conferentie, blijkt een acute noodzaak voor mondiale regulering van het internationaal draagmoederschap.⁷ Het is lastig te voorspellen of, en zo ja, wanneer de Haagse Conferentie erin zal slagen een mondiaal verdrag over dit gevoelige onderwerp tot stand te brengen. Eén ding is echter zeker: op korte termijn valt zo'n verdrag niet te verwachten.

4 Zie de in opdracht van het Europees Parlement uitgevoerde studie: *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, 2013. Zie ook het antwoord van de Europese Commissie op de vraag van Europarlementariër Ivo Belet (H-000096/11) d.d. 21 februari 2011 of de Europese Commissie voornemens is draagmoederschap binnen de Europese Unie te regelen: 'Het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verlenen de Europese Unie geen bevoegdheid om wetgeving aan te nemen ten behoeve van de harmonisatie van de nationale wetgevingen inzake reproductiemethoden met behulp van draagmoeders. Het is daarom aan de afzonderlijke lidstaten om dit vraagstuk te reguleren in het licht van hun sociale en culturele tradities. (...) De Commissie heeft geen plannen om de mogelijkheden voor coördinatie van het vraagstuk van het draagmoederschap in de EU te onderzoeken. (...) De Commissie wil de geachte afgevaardigde meedelen dat de Commissie, aangezien de Europese Unie volledig lid is van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, de ontwikkelingen op het gebied van het draagmoederschap op internationaal niveau volgt. (...)'.
5 Zie www.hcch.net.
6 Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, 's-Gravenhage, 19 oktober 1996, Trb. 1997, 299.
7 HCCH 2014-1 (*The Study*).

Een belangrijk voordeel van Europese verordeningen en verdragen is dat het IPR daarin uniform wordt geregeld voor de landen die aan een verordening of verdrag zijn gebonden. Deze uniformiteit komt de internationale beslissingsharmonie ten goede, omdat het in een lidstaat of verdragsland bereikte rechtsgevolg in beginsel in alle andere lidstaten of verdragslanden zal worden erkend. Het gemis aan uniformiteit doet zich sterk voelen bij de laatste bron van het IPR, het commune IPR van iedere afzonderlijke staat. Het commune IPR – nationale IPR-wetgeving – van staten komt aan bod wanneer een onderwerp niet wordt geregeld door Europese verordeningen en verdragen. Voor Nederland is het commune IPR te vinden in Boek 10 BW.⁸ Omdat er geen Europese verordeningen en verdragen zijn waarin het IPR ten aanzien van ouderschap (alomvattend) wordt geregeld,⁹ is Boek 10 BW maatgevend voor vragen van IPR die zich voordoen met betrekking tot ouderschap. Bij de toepassing van het commune IPR van staten is uniformiteit in het IPR verre van verzekerd. Ieder land heeft immers zijn eigen wetgeving op dit terrein en deze wetgeving kan onderling grote verschillen vertonen. Dit heeft tot gevolg dat de internationale beslissingsharmonie in het gedrang kan komen en hinkende rechtsverhoudingen kunnen ontstaan, omdat een rechtsverhouding die in een bepaald land is ontstaan, niet altijd zal worden erkend in andere landen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het ouderschap van twee personen van hetzelfde geslacht of de afstamming van een kind dat is geboren uit een draagmoeder.

Samenvattend:

Er zijn verschillende bronnen waarin het voor Nederland geldende IPR is neergelegd, te weten Europese verordeningen, verdragen en Boek 10 BW. Het onderwerp van het IPR-gezagsrecht wordt bestreken door de Brussel IIbis-Verordening en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, terwijl voor het IPR ten aanzien van afstammingskwesties Boek 10 BW maatgevend is.

- 8 Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), *Stb.* 2011, 272, alsmede Besluit van 28 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2011, 340. Zie hierover Vlas 2015 en Frohn & Ibili 2011.
- 9 Op twee deelterreinen bestaan verdragen, te weten de CIEC-Overeenkomst van 1962 over de vaststelling van betrekkingen tussen het onwettige kind en zijn moeder (*Trb.* 1963, 93) en de CIEC-Overeenkomst van 1970 inzake wettiging door huwelijk (*Trb.* 1972, 61); zie ook de artikelen 10:94 lid 3 en 98 lid 1 BW. Het belang van deze verdragen voor de praktijk is echter beperkt.

10.3 OUDERSCHAP IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Wanneer bij het ontstaan of de wijziging van ouderschap in Nederland kinderen en/of ouders zijn betrokken die de nationaliteit van een vreemde staat bezitten, zal volgens de regels van het Nederlands IPR allereerst moeten worden vastgesteld of het Nederlandse afstammingsrecht uit Boek 1 BW dan wel het afstammingsrecht van een vreemde staat van toepassing is op de afstamming van het kind. De conflictregeling voor afstammingskwesties is te vinden in Titel 5 van Boek 10 BW, die is onderverdeeld in afdeling 1 (familierechtelijke betrekkingen door geboorte), afdeling 2 (familierechtelijke betrekkingen door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het ouderschap), afdeling 3 (familierechtelijke betrekkingen door wettiging) en afdeling 4 (de inhoud van familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming).¹⁰ Uitgangspunt van de conflictregeling in Titel 5 van Boek 10 BW is de aanknoping aan de gemeenschappelijke nationaliteit van de partijen die bij de afstammingsrelatie zijn betrokken. In situaties waarin dat aanknopingspunt ontbreekt of geen houvast biedt, wordt dat uitgangspunt verlaten. Veelal is dan toepasselijk het recht van het land waar de partijen hun gewone verblijfplaats hebben. In enkele bepalingen van Titel 5 van Boek 10 BW is een favoriserend element opgenomen; dat wil zeggen dat door het gekozen stelsel van aanknopingspunten de totstandkoming dan wel de onge-daanmaking van familierechtelijke betrekkingen wordt begunstigd.¹¹

Om de werking van de conflictregeling in Titel 5 van Boek 10 BW op hoofdlijnen te illustreren, kan het volgende voorbeeld worden gegeven. Uit het huwelijk van een Somalische man en een Somalische vrouw, die beiden woonachtig zijn in Nederland, wordt een kind geboren. Vaststaat dat het kind buitenechtelijk is verwekt door een Nederlandse man. Wie

10 Op grond van de per 1 april 2014 in werking getreden Wet lesbisch ouderschap (Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480) en Wet gelijkstelling geregistreerd partnerschap en huwelijk (Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486) zijn de bepalingen uit Titel 5 van Boek 10 BW zoveel mogelijk sekseneutraal geformuleerd en is het geregistreerd partnerschap voor IPR-afstammingsdoeleinden op gelijke voet geplaatst met het huwelijk. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, 3, p. 21: 'De artikelen in de Wet conflictenrecht afstamming die betrekking hebben op het ouderschap dat van rechtswege ontstaat door huwelijk, of tot stand komt door erkenning of gerechtelijke vaststelling worden sekseneutraal geformuleerd. Dit betekent dat de duomoeder gelijk wordt gesteld met de man of juridische vader waar het betreft het toepasselijke recht in een geval met een internationaal karakter. (...) Dit heeft tot gevolg dat het voor de vraag naar het toepasselijke recht op een rechtsverhouding tussen de juridische ouders en het kind, niet meer uitmaakt of het juridische ouderschap van een man dan wel een vrouw betreft'.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 53.

zijn de juridische ouders van het kind? Het antwoord op de vraag of de echtgenoot de juridische vader van het kind is, wordt vastgesteld volgens Somalisch afstammingsrecht als het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van het Somalische echtpaar; dat geldt ook voor het antwoord op de vraag of het kind door geboorte in familierechtelijke betrekking staat tot de Somalische geboortemoeder (artikel 10:92 lid 1 BW). Het Somalische afstammingsrecht bepaalt eveneens of ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot in een gerechtelijke procedure mogelijk is (artikel 10:93 lid 1 BW). Is de ontkenning van het vaderschap in een gerechtelijke procedure gegrond verklaard, dan is daarmee de weg vrij om het vaderschap van de Nederlandse verwekker vast te stellen; dit kan op verschillende manieren. Als de Nederlandse verwekker het kind wil erkennen, zal daarop voor wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning het Nederlandse afstammingsrecht moeten worden toegepast als het recht van de nationaliteit van de erkenner (artikel 10:95 lid 1 BW). Op de toestemming van de moeder en/of het kind voor de erkenning is weer het Somalische recht van toepassing als het recht van de nationaliteit van de moeder respectievelijk het kind (artikel 10:95 lid 3 BW). Wenst de moeder het vaderschap van de Nederlandse verwekker gerechtelijk te laten vaststellen, dan geldt daarvoor het Nederlandse afstammingsrecht als het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de verwekker en de moeder (artikel 10:97 lid 1 BW).

Samenvattend:

Uitgangspunt van de conflictregeling voor afstammingskwesties in Titel 5 van Boek 10 BW is de aanknoping aan de gemeenschappelijke nationaliteit van de partijen die bij de afstamming zijn betrokken. Wanneer dat aanknopingspunt ontbreekt of geen houvast biedt, wordt dat uitgangspunt verlaten. Doorgaans is dan toepasselijk het recht van het land waar de partijen hun gewone verblijfplaats hebben. In sommige gevallen wordt door het gekozen stelsel van aanknopingspunten de totstandkoming dan wel de ongedaanmaking van familierechtelijke betrekkingen begunstigd, dat wil zeggen dat het gewenste resultaat van vestiging of ongedaanmaking van een juridische ouderschapsrelatie zoveel mogelijk kan worden bereikt.

10.3.1 ERKENNING VAN IN NEDERLAND ONTSTAAN OUDERSCHAP IN HET BIJ- TENLAND

De vraag of een in Nederland in het leven geroepen afstammingsband in het buitenland rechtskracht heeft, is een vraag van buitenlands IPR. Aan- gezien er geen Europese verordeningen en verdragen bestaan waarin de erkenning van afstammingsverhoudingen (alomvattend) wordt geregeld, wordt deze kwestie beheerst door het commune IPR van staten zelf. Niet het Nederlandse IPR, maar het IPR van het land waar de erkenning van een Nederlandse afstammingsverhouding wordt ingeroepen, zal moeten uitwijzen of, en zo ja, onder welke voorwaarden deze afstammingsver- houding rechtskracht heeft in het betrokken land. Het buitenlandse IPR zal dus bepalen of het kind in dat land in een afstammingsrechtelijke relatie staat tot de naar Nederlandse recht als zodanig aangewezen ju- ridische ouders. Hetzelfde geldt voor een in Nederland gewijzigde of be- eindigde afstammingsverhouding. De erkenningskansen van Nederlandse afstammingsverhoudingen in het buitenland kunnen van land tot land verschillen; daarover valt geen zekerheid te geven, vooral niet wanneer het gaat om nieuwe afstammingsvarianten die internationaal (nog) niet alom zijn geaccepteerd.

Bij de totstandkoming van de Wet lesbisch ouderschap¹² is aandacht geweest voor de vraag of het in Nederland (van rechtswege, door er- kenning of door adoptie) ontstane ouderschap van twee vrouwen en in het bijzonder dat van de duomoeder (d.w.z. de echtgenote of – al dan niet geregistreerde – partner van de geboortemoeder) kan rekenen op erkenning in het buitenland.¹³ Zoals uit het voorgaande blijkt, is dat een vraag van buitenlands IPR waarover het Nederlandse IPR geen zeggen- schap heeft. Afhankelijk van de houding van het buitenlandse IPR zal het in Nederland ontstane ouderschap van twee vrouwen wel of niet wor-

12 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480.

13 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, 3, p. 10: 'In de landen waarin het juridisch ouderschap van de duomoeder wettelijk niet is geregeld, zal dit ouderschap vaak niet worden erkend. Voor de vraag of een Nederlandse rechtsverhouding in een ander land wordt erkend, is het internationaal privaatrecht van dat andere land beslissend. In het geval van niet-erkenning kunnen de moeders in het buitenland voor praktische problemen komen te staan. (...) Voorlichting door de overheid over het duo-moederschap in de internationale context acht ik om deze reden van groot belang. Met name in die gevallen dat moeders voor langere tijd naar een ander land vertrekken, is het raadzaam dat zij zich vooraf bij de ambassade van het betreffende land van hun juridische positie vergewissen. (...)'

den erkend.¹⁴ Heel goed denkbaar is dat in landen waar fundamentele bezwaren bestaan tegen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van partners van gelijk geslacht, het in Nederland ontstane ouderschap van twee vrouwen of dat van de duomoeder niet zal worden erkend wegens strijd met de openbare orde van dat land.¹⁵ Het onthouden van erkenning heeft tot gevolg dat het kind in Nederland wél, maar in het buitenland niet geldt als de juridische afstammeling van de twee moeders (wanneer het ouderschap van beide vrouwen niet wordt erkend) of van de duomoeder (wanneer de erkenning van het ouderschap wordt beperkt tot de geboortemoeder). Dit kan verstrekende consequenties hebben voor de rechtsgevolgen die aan afstamming zijn verbonden, zoals de geslachtsnaam van het kind, de ouderlijke verantwoordelijkheid, de erfrechtelijke positie van het kind en zijn nationaliteit.

Uit het voorgaande kan in ieder geval de volgende les worden getrokken: bij de invoering van nieuwe afstammingsvormen in Nederland die (nog) niet overal in de wereld worden omarmd, zoals het ouderschap van twee vrouwen, dienen de wetgever en alle bij het ouderschap betrokkenen zich heel goed te realiseren dat het nog maar de vraag is of deze afstammingsverhoudingen in het buitenland als rechtsgeldig zullen worden geaccepteerd. Of de Nederlandse afstammingsverhouding in het buitenland wordt erkend, wordt bepaald door het buitenlandse IPR; het Nederlandse IPR heeft daarover geen zeggenschap. Het is van groot belang dat de betrokkenen zich hiervan bewust zijn; voor de overheid ligt hier een belangrijke voorlichtingstaak. Waar mogelijk zal de Nederlandse wetgever nieuw in te voeren afstammingsvormen zodanig moeten vormgeven en inrichten dat de erkenningskansen in het buitenland worden gemaximaliseerd.¹⁶

14 Zie bijvoorbeeld voor het Duitse IPR: Coester Waltjen 2016 en Reuβ 2015.

15 Zie voor een voorbeeld met betrekking tot Polen: Rb. Den Haag 13 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5263.

16 Een voorbeeld hiervan biedt het wetsvoorstel scheiden zonder rechter (*Kamerstukken II* 2014/15, 34118, 1-5). Om de erkenningskansen van een administratieve echtscheiding in het buitenland te vergroten heeft de minister ervoor gekozen om de ambtenaar van de burgerlijke stand de door partijen gewenste echtscheiding te laten uitspreken. De in een eerder wetsvoorstel voorgestelde regeling waarbij de rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand was beperkt tot slechts het registreren van de door partijen gewenste echtscheiding, is komen te vervallen. De erkenningskansen van een administratieve echtscheiding in het buitenland zijn hiermee vergroot (zie het advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht van 22 juni 2013, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34118, 3).

Samenvattend:

Bij de invoering van nieuwe afstammingsvormen in Nederland die (nog) niet overal in de wereld worden omarmd, moet voor ogen worden gehouden dat het nog maar de vraag is of deze afstammingsverhoudingen in het buitenland als rechtsgeldig zullen worden geaccepteerd. Of de Nederlandse afstammingsverhouding in het buitenland wordt erkend, wordt bepaald door het buitenlandse IPR; het Nederlandse IPR heeft daarover geen zeggenschap. Waar mogelijk zal de Nederlandse wetgever nieuw in te voeren afstammingsvormen zodanig moeten vormgeven en inrichten dat de erkenningskansen in het buitenland worden gemaximaliseerd.

10.3.2 ONTSTAAN VAN OUDERSCHAP IN HET BUITENLAND EN ERKENNING DAARVAN IN NEDERLAND

Tot nu toe is besproken het geval dat in Nederland ouderschap is ontstaan en welk rechtstelsel – het Nederlandse afstammingsrecht of het afstammingsrecht van een vreemde staat – daarop moet worden toegepast volgens de conflictregels van Titel 5 van Boek 10 BW. Ook is aandacht besteed aan de erkenning(skansen) van Nederlandse afstammingsverhoudingen in het buitenland. Omgekeerd kan het geval zich voordoen dat ouderschap in het buitenland is ontstaan of gewijzigd. De vraag rijst dan of deze buitenlandse afstamming rechtskracht heeft in de Nederlandse rechtsorde. Wordt aan de buitenlandse afstamming rechtsgevolg verbonden in Nederland? Anders gezegd, geldt het kind naar Nederlands recht als de juridische afstammeling van de ouders? Of wordt aan een verbreking van de buitenlandse afstammingsband rechtskracht toegekend in Nederland?

Het antwoord op deze vragen kan worden gevonden in de artikelen 10:100 en 101 BW.¹⁷ Is de afstamming gebaseerd op een rechterlijke beslissing van een vreemde staat, dan wordt deze volgens artikel 10:100 BW in Nederland erkend, tenzij voor de rechtsmacht van de buitenlandse rechter kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van diens land, aan de beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan, de erkenning van de beslissing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde, of zij onverenig-

17

Zie voor een bespreking van deze artikelen o.a. Asser/Vonken 10-II 2016/338 e.v. en Strikwerda 2016.

baar is met een beslissing van de Nederlandse rechter inzake de vaststelling of wijziging van dezelfde familierechtelijke betrekkingen. Gaat het om buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, die zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte, dan gelden daarvoor krachtens artikel 10:101 lid 1 BW in beginsel dezelfde voorwaarden als voor de erkenning van rechterlijke beslissingen.¹⁸ Met deze erkenningsregeling in de artikelen 10:100 en 101 BW beoogt het Nederlandse IPR buitenlandse afstammingsverhoudingen zoveel mogelijk te erkennen teneinde hinkende afstammingsverhoudingen te voorkomen.¹⁹

Samenvattend:

De artikelen 10:100 en 101 BW regelen de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen of gewijzigde afstammingsverhoudingen die zijn gebaseerd op een rechterlijke beslissing of een akte van een bevoegde autoriteit. Het Nederlandse IPR beoogt buitenlandse afstammingsverhoudingen zoveel mogelijk te erkennen om hinkende afstammingsverhoudingen te voorkomen.

10.3.3 OPENBARE ORDE-EXCEPTIE

Zowel voor de erkenning van een rechterlijke beslissing uit een vreemde staat als voor de erkenning van een buitenlandse akte geldt in afstammingsrechtelijke kwesties de openbare orde-exceptie: de beslissing of de akte wordt in Nederland niet erkend – het beoogde rechtsgevolg wordt hieraan niet toegekend – wanneer de erkenning een rechtsgevolg in het leven zou roepen dat ‘kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde’. De internationaal privaatrechtelijke openbare orde-exceptie geeft de grenzen aan van de verdraagzaamheid van de eigen rechtsorde tegenover rechtsverhoudingen uit vreemde staten. De erkenning van buitenlandse rechtsverhoudingen mag de fundamentele rechtsbeginselen van het eigen recht niet aantasten. De hoffelijke opstelling tegenover

18 Dit betreft een erkenning door iemand die daartoe kennelijk onbevoegd is (bijvoorbeeld omdat hij de juridische vader van de geboortemoeder is), er geen toestemming is gegeven voor de erkenning door de moeder en/of het kind, terwijl het toepasselijke recht dat wel voorschrijft, of als de akte van erkenning een schijnhandeling betreft (bijvoorbeeld als enig doel heeft voor het kind de Nederlandse nationaliteit te verwerven).

19 Is de buitenlandse afstammingsverhouding niet gebaseerd op een rechterlijke beslissing of een akte, dan geldt de maatstaf uit HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:293, NJ 2016/355, m.nt. Th. M. de Boer.

buitenlandse beslissingen en akten houdt op wanneer de erkenning een rechtsgevolg in het leven zou roepen dat strijdig is met de beginselen en waarden die in de eigen rechtsorde voor fundamenteel worden gehouden. Het gaat daarbij om de aantasting van de harde kern van de eigen rechtsorde, zoals onder meer blijkend uit nationale wetgeving, rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en – voor de lidstaten van de Europese Unie – het recht van de Europese Unie.

Als een land fundamentele bezwaren heeft tegen bijvoorbeeld huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht of polygame huwelijken, zal de erkenning van dergelijke huwelijken uit vreemde staten worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde.²⁰ Hiervoor is ook al gewezen op de mogelijke, op de openbare orde-exceptie gestoelde bezwaren in het buitenland tegen het in Nederland ontstane ouderschap van twee moeders (zie par. 10.3.1). Voor afstamming volgend op een draagmoederschapstraject in het buitenland geldt hetzelfde: als een land bezwaren heeft tegen het draagmoederschap als manier voor wensouders om een (al dan niet genetisch eigen) kind te krijgen, zal de erkenning van een afstammingsband tussen de wensouders en het kind na een buitenlands draagmoederschapstraject kunnen afketsen op de openbare orde-exceptie van het IPR (zie nader par. 10.5.1 en 10.5.2).

De openbare orde-exceptie mag niet te snel worden ingezet om rechtsverhoudingen uit vreemde staten buiten de deur te houden. Het bevorderen van de internationale beslissingsharmonie en het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen verzetten zich tegen een al te gemakkelijke toepassing van de openbare orde-exceptie. De Nederlandse wet brengt dat tot uitdrukking door in de artikelen 10:100 en 101 BW te bepalen dat de erkenning van een rechterlijke beslissing uit een vreemde staat of van een buitenlandse akte alleen dan achterwege blijft, wanneer de beslissing of akte ‘kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde’. Zoals gezegd, geldt daarbij als maatstaf of de erkenning leidt tot een rechtsgevolg dat de harde kern van de Nederlandse rechtsorde aantast. Deze terughoudende toepassing van de openbare orde-exceptie komt verder terug in het zogenaamde binnengrenscriterium: de exceptie mag slechts worden ingezet wanneer de Nederlandse rechtssfeer op relevante wijze was betrokken (door de Nederlandse nationaliteit of de gewone verblijf-

plaats in Nederland van één der betrokkenen) bij de rechtsverhouding ten tijde van het ontstaan ervan in het buitenland. Is de rechtsverhouding in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen zonder dat de Nederlandse rechtssfeer daarbij op relevante wijze is betrokken (het gaat dan om een zuiver buitenlands geval), dan wordt de rechtsverhouding, wanneer de Nederlandse rechtsorde daarmee op een later tijdstip wordt geconfronteerd, als voldongen feit (*fait accompli*) erkend.²¹

Samenvattend:

Een buitenlandse afstammingsverhouding zal in Nederland niet worden erkend, wanneer sprake is van strijd met de harde kern van de Nederlandse rechtsorde. Van deze openbare orde-exceptie zal slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld in geval van polygame huwelijken of afstamming op grond van draagmoederschap.

10.4 GEZAG IN HET NEDERLANDSE INTERNATIONAAL PRIVAAT-RECHT

Als aan een gezagsverhouding tussen gezagsdragers en een minderjarig kind internationale elementen kleven, omdat de rechtssfeer van meerdere staten bij de gezagsverhouding is betrokken, kunnen verschillende vragen van IPR aan de orde komen.

In de eerste plaats rijst de vraag naar het toepasselijke recht op het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van het gezag. Welk rechtstelsel, het Nederlandse gezagsrecht uit Boek 1 BW of het gezagsrecht van een vreemde staat, is van toepassing op de gezagsverhouding? Deze vraag is niet alleen van belang om bijvoorbeeld te achterhalen of de geboor-

21

De volgende voorbeelden kunnen de werking van het binnengrenscriterium verduidelijken. Een Saoedische man heeft in Saoedi-Arabië rechtsgeldig twee Saoedische vrouwen gehuwd. Wanneer de man jaren later in Nederland komt wonen, worden de huwelijken met de twee vrouwen in Nederland erkend, omdat de Nederlandse rechtssfeer ten tijde van het sluiten van de huwelijken op geen enkele wijze was betrokken. De openbare orde-exceptie heeft in dit geval geen rol te vervullen. Dat is anders wanneer een Nederlandse man in Nederland is gehuwd met een Nederlandse vrouw en enkele jaren later in Marokko huwt met een tweede vrouw. Nu is de Nederlandse rechtsorde betrokken bij dit polygame huwelijk, omdat de man ten tijde van het sluiten van het tweede huwelijk de Nederlandse nationaliteit had en in Nederland woonde. De openbare orde-exceptie staat in dat geval in de weg aan de erkenning van het tweede huwelijk.

temoeder, de verwekker of degene die het kind erkent, (van rechtswege) het gezag over het kind verkrijgt, maar ook om te bepalen of een zaad-donor gezagsrechten kan verwerven. Ook voor het antwoord op de vraag of het gezag van een gezagsdrager kan worden beperkt of beëindigd, moet in internationale gevallen worden vastgesteld welk rechtsstelsel de gezagsverhouding beheerst. De vraag naar het toepasselijke recht op gezagskwesties zal moeten worden beantwoord aan de hand van de conflictregels in het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (HKbV 1996).

In de tweede plaats rijst de vraag naar de geldendmaking van gezagsverhoudingen in het buitenland. Wordt de van rechtswege (hierna ook wel: automatisch) of op grond van een rechterlijke beslissing, een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling in het leven geroepen gezagsverhouding of de wijziging daarvan erkend in het buitenland? Kunnen de personen die volgens de wetgeving van een staat gezagsdragers zijn met betrekking tot een kind, deze gezagsrechten ook uitoefenen in het buitenland? Deze vraag naar de geldendmaking van gezagsrechten in het buitenland zal hoofdzakelijk moeten worden beantwoord volgens de Brussel IIbis-Verordening en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. Gaat het om de uitoefening van gezagsrechten in landen waarvoor de Brussel IIbis-Verordening noch het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 geldt, dan komt het commune IPR van deze landen aan bod.

Het begrip ‘gezag’ wordt in het IPR gebruikt in het kader van het ruimere begrip ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’. Het begrip ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ omvat het ouderlijk gezag of iedere overeenkomstige gezagsverhouding waarin de rechten, de bevoegdheden en de verantwoordelijkheden van ouders, voogden of andere wettelijke vertegenwoordigers ten opzichte van de persoon of het vermogen van het kind besloten liggen.²² Voor zover van belang moet daarbij vooral worden gedacht aan (i) de toekenning, de uitoefening, de beëindiging of de beperking van ouderlijke verantwoordelijkheid, alsmede de overdracht ervan, (ii) gezagsrechten, met inbegrip van rechten betreffende de zorg voor de persoon van het kind, en in het bijzonder het recht om zijn verblijfplaats te bepalen, alsmede het omgangsrecht met inbegrip van het recht het kind voor een beperkte tijdsduur mee te nemen naar een andere plaats dan zijn gewone verblijfplaats, en (iii) het beheer, de instandhouding of

de beschikking over het vermogen van het kind.²³ Aangezien het rapport van de Staatscommissie in het algemeen de term ‘gezag’ als overkoepelende term voor ouderlijk gezag en voogdij bezigt (artikel 1:245 BW), zal in dit hoofdstuk dezelfde term worden aangehouden. Tenzij anders is aangegeven, wordt daarmee steeds bedoeld op het in het IPR gangbare begrip ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’. Verder wordt in dit hoofdstuk gesproken van het ontstaan en tenietgaan van gezag, waarmee in voorkomend geval ook de wijziging van gezag wordt bedoeld.

Samenvattend:

Bij internationale gezagsverhoudingen kunnen verschillende IPR-vragen aan de orde komen, zoals het toepasselijke recht op het ontstaan of tenietgaan van gezagsrechten dan wel de geldendmaking van gezagsrechten in het buitenland. De belangrijkste IPR-bronnen die in dat verband de aandacht verdienen, zijn de Brussel IIbis-Verordening en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996.

10.4.1 TOEPASSELIJK RECHT OP GEZAGSVERHOUDINGEN

De vraag naar het toepasselijke recht op het ontstaan of tenietgaan van gezagsverhoudingen dient naar Nederlands IPR te worden beantwoord volgens de regels van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996.

Het toepasselijke recht op gezagsverhoudingen wordt geregeld in hoofdstuk III van het verdrag (artikelen 15 t/m 22), waarbij de volgende situaties worden onderscheiden: (i) gezagsverhoudingen die tot stand komen of tenietgaan op basis van een rechterlijke beslissing (artikel 15), (ii) het van rechtswege ontstaan of tenietgaan van gezagsverhoudingen, zonder rechterlijke tussenkomst (artikel 16 lid 1), en (iii) het ontstaan of tenietgaan van gezagsverhoudingen door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder rechterlijke tussenkomst (artikel 16 lid 2).

De conflictregeling in hoofdstuk III van het verdrag hanteert als uitgangspunt dat vragen over gezagskwesties moeten worden beantwoord volgens de wetgeving van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Dit uitgangspunt is gestoeld op de gedachte dat het kind de nauwste binding heeft met het land van zijn gewone verblijfplaats, de rechter van dat land doorgaans internationaal bevoegd zal zijn om

gezagsbeslissingen te treffen en het gezag primair effect zal sorteren in het woonland van het kind.

De conflictregeling in hoofdstuk III van het verdrag kent een universeel toepassingsgebied, dat wil zeggen dat het aangewezen recht op een gezagsverhouding wordt toegepast ongeacht of dat het recht is van een verdragsstaat of van een niet-verdragsstaat (artikel 20). Verder is van belang dat de toepassing van het aangewezen gezagsrecht slechts kan worden geweigerd indien deze toepassing, gelet op het belang van het kind, kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde van het land waarin de gezagskwestie speelt (artikel 22). Wat onder deze openbare orde-exceptie moet worden verstaan, kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd. De inhoud en de grenzen van de openbare orde kunnen per verdragsland verschillen en zijn afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen over personen- en familierechtelijke aangelegenheden in het algemeen en gezagsverhoudingen in het bijzonder. In ieder geval is duidelijk dat het belang van het kind steeds een belangrijke rol zal spelen bij de invulling van de openbare orde-exceptie.²⁴ Verder geldt dat van deze exceptie een terughoudend gebruik moet worden gemaakt. De openbare orde-exceptie zou in Nederland bijvoorbeeld in beeld kunnen komen wanneer het toepasselijke recht het gezag per definitie aan de vader toekent of wanneer een minderjarige wordt belast met gezag.

Samenvattend:

De vraag naar het toepasselijke recht op het ontstaan of het tenietgaan van gezagsverhoudingen moet naar Nederlands IPR worden beantwoord volgens de regels van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. In het algemeen zal de wetgeving van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, van toepassing zijn op het gezag. Volgens de openbare orde-exceptie van het verdrag wordt het op de gezagskwestie aangewezen recht niet toegepast wanneer sprake is van strijd met de openbare orde.

10.4.1.1 Ontstaan of tenietgaan van gezag door rechterlijke tussenkomst

Is de gezagsverhouding onderwerp van een gerechtelijke procedure, bijvoorbeeld in het kader van een verzoek tot eenhoofdig gezag van een van de ouders, dan zal de bevoegde rechter volgens de hoofdregel van

conflictenrecht de hem voorgelegde gezagskwestie moeten beoordelen aan de hand van het gezagsrecht van zijn eigen staat (artikel 15 lid 1). Dit geldt ook wanneer het kind de nationaliteit van een vreemde staat heeft. De bevoegde rechter past dus zijn eigen gezagswetgeving toe. Aangezien de internationale bevoegdheid van de rechter in het algemeen zal zijn gebaseerd op de gewone verblijfplaats van het kind (artikel 5 lid 1), leidt deze hoofdregel van conflictenrecht ertoe dat op gezagsverhoudingen in het kader van een gerechtelijke procedure veelal het gezagsrecht zal worden toegepast van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Een voorbeeld: is de Nederlandse rechter internationaal bevoegd inzake het gezag, omdat het kind (Frans onderdaan) in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft, dan bepaalt het Nederlandse gezagsrecht uit Boek 1 BW en niet het Franse gezagsrecht of, en zo ja, onder welke voorwaarden het verzoek tot eenhoofdig gezag van een van de ouders toewijsbaar is.

In afwijking van de hoofdregel van conflictenrecht biedt het verdrag de bevoegde rechter de mogelijkheid om bij de beoordeling van de gezagskwestie het recht van een andere staat waarmee de omstandigheden nauw verband houden, toe te passen of daarmee rekening te houden, voor zover de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind dit vereist (artikel 15 lid 2). Van deze uitzondering moet een terughoudend gebruik worden gemaakt, waarbij kan worden gedacht aan het geval dat een kind binnen afzienbare tijd zal terugkeren naar zijn moederland. In een dergelijk geval zou de bevoegde rechter kunnen overwegen om bij de beoordeling van de gezagskwestie toepassing te geven aan het recht van het land waarvan het kind onderdaan is, in plaats van het recht van het land waar het kind (voorlopig, maar binnenkort niet meer) zijn gewone verblijfplaats heeft.²⁵

Samenvattend:

Is een gezagsverhouding onderwerp van een gerechtelijke procedure, dan zal de rechter de hem voorgelegde gezagskwestie beoordelen volgens zijn eigen wetgeving; in veel gevallen zal dit het gezagsrecht zijn van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Wanneer het belang van het kind dat rechtvaardigt, kan de rechter bij de beoordeling van de gezagskwestie ook het recht van een andere staat waarmee het kind nauw is verbonden, toepassen of daarmee rekening houden.

Bij een verhuizing van het kind blijven de gezagsmaatregelen die zijn getroffen door de rechter van de vorige gewone verblijfplaats, in stand (artikelen 14 en 23), maar wordt de wijze van uitvoering van het gezag vanaf het moment van de verhuizing beheerst door het recht van het land van de nieuwe gewone verblijfplaats van het kind (artikel 15 lid 3). Een voorbeeld: de bevoegde rechter van de gewone verblijfplaats van het kind heeft een voogd benoemd, die volgens de wetgeving van het woonland van het kind rechterlijke toestemming nodig heeft om namens het kind rechtshandelingen te verrichten. Bij verhuizing van het kind blijft de voogdijmaatregel gelden, maar wordt de wijze van uitvoering van deze maatregel vanaf het moment van de verhuizing beheerst door het recht van het nieuwe woonland van het kind. Dit recht kan bepalen dat de voogd geen rechterlijke toestemming nodig heeft om namens het kind rechtshandelingen te verrichten. De voogdijmaatregel blijft in dat geval in stand, maar de voogd kan nu zonder rechterlijke toestemming namens het kind rechtshandelingen verrichten. Aangezien de rechter van de verdragsstaat van de nieuwe gewone verblijfplaats internationale bevoegdheid toekomt (artikel 5 lid 1), kan hij op verzoek van een belanghebbende eventueel een nieuwe gezagsmaatregel treffen onder wijziging van de bestaande gezagsmaatregel.²⁶

Van belang is dat het vorenstaande alleen geldt wanneer het kind vanuit een verdragsstaat verhuist naar een andere verdragsstaat.²⁷ Verhuist het kind naar een staat die niet is gebonden aan het verdrag, dan is op voorhand niet duidelijk of een gezagsmaatregel die is getroffen in een verdragsstaat, rechtskracht heeft in de niet-verdragsstaat. Het nationa-

26

Zie Toelichtend Rapport P. Lagarde, p. 575.

27

Zie voor een actueel overzicht van de verdragsstaten: www.hcch.net.

le IPR van de niet-verdragsstaat zal daarover uitsluitsel moeten geven. Denkbaar is dat het nationale IPR van de niet-verdragsstaat de gezagsmaatregel uit een verdragsstaat niet zal erkennen. In dat geval zal een belanghebbende bij de lokale rechter van de niet-verdragsstaat een nieuwe gezagsmaatregel kunnen vragen.

Samenvattend:

Een rechterlijke gezagsbeslissing uit een verdragsstaat blijft gelden wanneer het kind verhuist naar een andere verdragsstaat, maar de wijze van uitvoering van het gezag wordt geregeld door de wetgeving van het nieuwe woonland van het kind. Verhuist het kind naar een staat die niet is gebonden aan het verdrag, dan is op voorhand niet duidelijk of een in de betrokken verdragsstaat getroffen gezagsmaatregel rechtskracht heeft in de niet-verdragsstaat. Het nationale IPR van de niet-verdragsstaat zal daarover uitsluitsel moeten geven.

10.4.1.2 Ontstaan of tenietgaan van gezag van rechtswege, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder rechterlijke tussenkomst

Het verdrag bevat een conflictregeling voor het ontstaan of tenietgaan van gezag van rechtswege, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder dat sprake is van de tussenkomst van een rechterlijke of andere autoriteit (artikel 16). Het gaat dan om gevallen waarin door geboorte, erkenning, huwelijk, een overeenkomst, een testament of ander rechtsfeit een gezagsverhouding ontstaat, dan wel door overlijden, echtscheiding of een ander rechtsfeit een gezagsverhouding komt te vervallen. Hierbij is van belang dat het gezag ontstaat of tenietgaat zonder dat een rechterlijke of andere autoriteit daarmee een beslissende bemoeienis heeft gehad.²⁸ Wanneer het ontstaan of tenietgaan van gezag slechts moet worden geregistreerd bij een autoriteit zonder dat deze autoriteit het gezag inhoudelijk beoordeelt en goedkeurt, is geen sprake van de tussenkomst van een rechterlijke of andere autoriteit in de hiervoor bedoelde zin.²⁹

28 Zie Toelichtend Rapport P. Lagarde, p. 577-579.

29 In dit verband valt te denken aan de aanwijzing van een voogd in het Nederlandse gezagsregister (artikel 1:292 in verbinding met artikel 1:244 BW).

Volgens de conflictregeling wordt het ontstaan of tenietgaan van gezag van rechtswege, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder rechterlijke tussenkomst, beheerst door het recht van het land – verdragsstaat of niet-verdragsstaat – waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft (artikel 16 leden 1 en 2). Een voorbeeld: wanneer in Polen uit een aldaar wonende Nederlandse vrouw een buitenechtelijk kind wordt geboren, bepaalt het Poolse gezagsrecht als het recht van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft (en dus niet het Nederlandse gezagsrecht), welke persoon of personen van rechtswege het gezag over het kind heeft of hebben (de geboortemoeder, de verwekker, de zaad- en eiceldonor etc.). Ook bepaalt Pools gezagsrecht of de erkenning van het kind of de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap automatisch tot gezag leidt, en eveneens of een huwelijksluiting van de moeder automatisch tot gezag voor haar echtgenoot leidt.

Samenvattend:

Het recht van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, bepaalt het ontstaan of tenietgaan van gezag van rechtswege, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder dat sprake is van tussenkomst van een rechterlijke of andere autoriteit.

Bij een wijziging van de gewone verblijfplaats van het kind blijft het gezag van de gezagsdragers in stand (artikel 16 lid 3), maar wordt de (wijze van) uitoefening van het gezagsrecht beheerst door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats (artikel 17).³⁰ Als het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats bijvoorbeeld bepaalt dat de gezagsdrager toestemming van de plaatselijke autoriteiten nodig heeft voor het verrichten van rechtshandelingen namens het kind, moet deze toestemming worden verkregen, ook als het recht van de vorige gewone verblijfplaats een dergelijke toestemming niet vereist.³¹

Een automatisch, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling ontstane gezagsverhouding kan te allen tijde worden beëindigd of de voorwaarden voor de uitoefening ervan kunnen worden

30 In artikel 15 lid 3 HKbV 1996 is een vergelijkbare regel opgenomen voor gezagsverhoudingen die zijn gebaseerd op een rechterlijke beslissing.

31 Zie Toelichtend Rapport P. Lagarde, p. 581.

gewijzigd door gezagsmaatregelen van de bevoegde rechter (artikel 18). Wanneer het belang van het kind om de beëindiging of de wijziging van een gezagsverhouding vraagt, zal de internationaal bevoegde rechter op verzoek van een belanghebbende een passende gezagsmaatregel kunnen treffen – onder wijziging van de bestaande gezagsverhouding – overeenkomstig het gezagsrecht van zijn eigen staat (artikel 15 lid 1).

Samenvattend:

Gezag dat automatisch, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling is ontstaan, blijft bij verhuizing van het kind in stand, maar de (wijze van) uitoefening van het gezagsrecht wordt beheerst door het recht van het nieuwe woonland van het kind. De bevoegde rechter van het woonland van het kind kan dat gezag beëindigen of de voorwaarden voor de uitoefening ervan wijzigen, wanneer het belang van het kind dat vereist.

Welke gevolgen heeft een verhuizing van het kind, dat wil zeggen een legale wijziging van de gewone verblijfplaats, voor een gezagsverhouding die van rechtswege, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling is ontstaan? Uitgangspunt is dat een op één van de hiervoor genoemde wijzen, zonder rechterlijke tussenkomst, ontstane gezagsverhouding in stand blijft wanneer het kind verhuist naar een andere staat, ongeacht de gezagswetgeving in het nieuwe woonland van het kind (artikel 16 lid 3). Een voorbeeld: de man die met de geboortemoeder samenwoont (maar tussen wie geen huwelijk bestaat), heeft op grond van de wetgeving van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind automatisch gezag. Verhuist het kind naar een ander land, dan blijft het gezag van deze man in stand, ook wanneer het recht van het nieuwe woonland van het kind de man niet van rechtswege gezag toekent. Een gezagsverhouding tussen een kind en een gezagsdrager die automatisch is ontstaan, komt dus niet te vervallen door een verhuizing van het kind

naar een land waar deze gezagsverhouding niet van rechtswege zou ontstaan.³²

Het verdrag gaat nog een stap verder. Verhuist het kind vanuit zijn woonland waar automatisch een gezagsverhouding is ontstaan, naar een ander land, dan wordt 'het van rechtswege ontstaan van ouderlijke verantwoordelijkheid van een persoon die deze verantwoordelijkheid niet reeds heeft, beheerst door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats' (artikel 16 lid 4). Een voorbeeld: de moeder en haar echtgenoot (niet-biologische vader) hebben van rechtswege het gezag over het kind volgens de wetgeving van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. De biologische vader heeft volgens deze wetgeving geen gezag. Verhuist het kind naar een land waar de biologische vader wél automatisch gezag toekomt, dan zijn er drie personen die gezag over het kind hebben: de moeder en haar echtgenoot volgens de wetgeving van het vorige woonland van het kind (artikel 16 lid 3) en de biologische vader volgens de wetgeving van het nieuwe woonland van het kind (artikel 16 lid 4). In de praktijk blijkt deze vorm van opeenstapeling van gezag vooral aan de orde te komen bij gezag van de erkenner van het kind, die volgens de wetgeving van het ene land (bijvoorbeeld van het vorige woonland van het kind) wél gezag van rechtswege krijgt, maar volgens de wetgeving van het andere land (bijvoorbeeld van het nieuwe woonland van het kind) niet. De toepassing van buitenlands gezagsrecht zal in dit soort gevallen steeds moeten worden geduld, tenzij sprake is van strijd met de openbare orde van het land waar de gezagsverhouding wordt ingeroepen (artikel 22).

Het doel van deze conflictregeling is om de continuïteit van de gezagsrelatie in geval van een verhuizing van het kind naar het buitenland te waarborgen. Een verhuizing leidt nimmer tot verlies van een op grond van het recht van het oude woonland bestaande gezagsverhouding, maar kan wél leiden tot een uitbreiding van de bestaande gezagsverhouding

32

In dit verband kan worden gedacht aan het volgende Belgisch-Nederlandse geval van een man die samenwoont met de geboortemoeder en overgaat tot erkenning van het kind. In België ontstaat door erkenning van het kind automatisch gezag voor de erkenner wanneer de erkenner en de geboortemoeder samenwonen (artikel 373 Boek 1 Belgisch BW). In Nederland moet gezag van niet met elkaar gehuwde of geregistreerde juridische ouders afzonderlijk worden aangetekend in het gezagsregister of via de rechter worden geregeld. De conflictregeling van het verdrag leidt ertoe dat, als de juridische ouders van een kind op enig moment met elkaar samenwonen in België en vervolgens met het kind in Nederland gaan wonen, het automatisch in België ontstane gezag in Nederland eveneens geldt.

op grond van het recht van het nieuwe woonland. Deze uitbreiding kan in de praktijk leiden tot een vorm van meeroudergezag, waarbij bijvoorbeeld twee personen hun gezag ontleen aan het recht van het oude woonland van het kind en een derde persoon zijn gezag ontleent aan het recht van het nieuwe woonland van het kind. Heeft het kind in meerdere landen een gewone verblijfplaats gehad, dan is het theoretisch mogelijk dat zelfs meer dan drie personen van rechtswege een gezagsverhouding hebben met het kind (bijvoorbeeld de juridische ouders, de biologische vader, een of meer donoren en de draagmoeder). Deze vorm van opeenstapeling van gezag kan in de praktijk alleen maar goed werken wanneer tussen de verschillende gezagsdragers geen meningsverschil bestaat over de uitoefening van het gezag. Ontstaat er een meningsverschil, dan kan op verzoek van een belanghebbende de bevoegde rechter een passende gezagsbeslissing treffen, waarbij het gezag van één of meer gezagsdragers wordt beëindigd of aangepast.³³

De hiervoor besproken conflictregeling beperkt zich niet tot gevallen waarin het kind verhuist naar een andere verdragsstaat. Verhuist het kind vanuit een verdragsstaat naar een staat waarvoor het verdrag niet geldt, dan blijft een volgens de wetgeving van de betrokken verdragsstaat automatisch, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling in het leven geroepen gezagsverhouding in stand (artikel 16 lid 3). Verkrijgt iemand volgens de wetgeving van het nieuwe woonland van het kind, zijnde een niet-verdragsstaat, automatisch het gezag over het kind, terwijl hij dat nog niet heeft volgens de wetgeving van het oude woonland van het kind, dan wordt deze gezagsverhouding toegevoegd aan die welke reeds bestaat op grond van de wetgeving van het oude woonland (artikel 16 lid 4). Deze opeenstapeling van gezagsverhoudingen op grond van de verdragsregeling zal echter alleen optreden wanneer de gezagskwestie aan de orde komt in een staat die is gebonden aan het verdrag. Rijst de gezagskwestie in een niet-verdragsstaat, dan zal het verdrag in deze staat niet worden toegepast en geldt het eigen IPR van de niet-verdragsstaat. De vraag hoe dan moet worden omgegaan met gezagsverhoudingen die in een verdragsstaat automatisch, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling zijn ontstaan, moet worden beantwoord volgens het IPR van de niet-verdragsstaat.

Samenvattend:

Gezag dat in een verdragsstaat automatisch, door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling is ontstaan, zonder rechterlijke tussenkomst, blijft in stand wanneer het kind verhuist naar een andere verdragsstaat. Verkrijgt een persoon volgens de wetgeving van het nieuwe woonland automatisch het gezag, terwijl hij dit nog niet had op grond van de wetgeving van het oude woonland van het kind, dan treedt een situatie van meeroudergezag op.

10.4.2 GELDENDMAKING VAN GEZAGSVERHOUDINGEN IN HET BUITENLAND

Kunnen de personen die volgens de wetgeving van een staat gezagsdragers zijn, hun gezagsrechten ook uitoefenen in het buitenland? Anders gezegd: welke rechtskracht heeft een lokale gezagsverhouding in het buitenland? Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen (i) gezagsverhoudingen waaraan een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt, en (ii) gezagsverhoudingen die zonder tussenkomst van een autoriteit automatisch, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling zijn ontstaan of tenietgaan. Deze twee categorieën zullen hierna worden besproken, vooral met het oog op de geldendmaking van in Nederland ontstane gezagsverhoudingen in het buitenland.

10.4.2.1 Gezagsverhoudingen gebaseerd op een rechterlijke beslissing

Voor de geldendmaking in het buitenland van gezagsverhoudingen die zijn gebaseerd op een beslissing van een rechterlijke of andere autoriteit, zijn in de Nederlandse rechtspraktijk vooral de Brussel IIbis-Verordening en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 van belang.³⁴ De Brussel IIbis-Verordening is van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke gezagsbeslissingen in de betrekkingen tussen de lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 is voor Nederland van belang voor de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke gezagsbeslissingen in de betrekkingen tot Albanië, Armenië, Australië, Ecuador,

34

Verder kunnen worden genoemd het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (van belang in de verhouding tot Turkije en Chinees Macau), het Luxemburgse Verdrag inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van gezagsbeslissingen 1980 (van belang in de verhouding tot Andorra, Liechtenstein, Macedonië, Moldavië, Noorwegen en IJsland) en artikel 40 Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden (van belang in de verhouding tot Aruba, Curaçao en Sint Maarten).

Georgië, Kroatië, Monaco, Montenegro, Marokko, Oekraïne, Rusland, Servië, Uruguay en Zwitserland.

Hoewel de verordening en het verdrag op punten van elkaar verschillen ten aanzien van de erkenning en tenuitvoerlegging van gezagsbeslissingen, ligt aan beide bronnen het uitgangspunt ten grondslag dat, gelet op het vertrouwen dat de betrokken staten in elkaars rechtssysteem hebben uitgesproken door zich aan te sluiten bij een internationale regeling, rechterlijke beslissingen inzake gezagsverhoudingen, afkomstig uit een lidstaat of verdragsstaat, op erkenning en tenuitvoerlegging moeten kunnen rekenen in de overige lidstaten of verdragsstaten. Een rechterlijke gezagsbeslissing, afkomstig uit een lidstaat of verdragsstaat, heeft in alle andere lidstaten of verdragsstaten in beginsel dezelfde rechtskracht als gezagsbeslissingen van de lokale rechter.

Samengevat verlopen de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen onder de genoemde bronnen als volgt. Uitgangspunt is dat een in een lidstaat of verdragsstaat gegeven rechterlijke beslissing van rechtswege wordt erkend in alle andere lidstaten of verdragsstaten, zonder dat daartoe enigerlei procedure is vereist (artikel 21 lid 1 Brussel IIbis-Verordening, artikel 23 lid 1 HKbV 1996). In geen geval wordt de juistheid van de buitenlandse beslissing onderzocht, dat wil zeggen de gronden waarop de beslissing is gebaseerd (artikel 26 Brussel IIbis-Verordening, artikel 27 HKbV 1996). Voor de effectuering van een buitenlandse gezagsbeslissing zal in beginsel steeds verlof (ook wel ‘exequatur’ genoemd) moeten worden verkregen van de rechter in de staat van tenuitvoerlegging (artikel 28 lid 1 Brussel IIbis-Verordening, artikel 26 lid 1 HKbV 1996).³⁵ De erkenning en de tenuitvoerlegging van een buitenlandse gezagsbeslissing, afkomstig uit een lidstaat of verdragsstaat, kunnen slechts op een beperkt aantal gronden worden geweigerd, bijvoorbeeld wanneer de oproeping van een belanghebbende in de buitenlandse procedure niet of niet correct is geschied, wanneer de buitenlandse beslissing is gegeven zonder dat het kind, in strijd met de fundamentele procesregels van de aangezochte staat, in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, of wanneer de beslissing onverenigbaar is met een

35

Zie voor een uitzondering de artikelen 40 e.v. Brussel IIbis-Verordening, waarin wordt voorzien in een exequaturloze tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het omgangsrecht en gezagsbeslissingen die de terugkeer van een ontvoerd kind meebrengen.

latere gezagsbeslissing die in de staat van tenuitvoerlegging is gegeven (artikel 23 Brussel IIbis-Verordening, artikel 23 HKbV 1996).

Een andere weigeringsgrond is de openbare orde-exceptie. Een buitenlandse gezagsbeslissing zal in de lidstaten of verdragsstaten geen rechtskracht hebben wanneer de erkenning en de tenuitvoerlegging een rechtsgevolg in het leven zouden roepen dat in strijd komt met een of meer fundamentele rechtsbeginselen van de aangezochte staat.³⁶ Op voorhand kan niet met precisie worden vastgesteld wat wel en wat niet onder de openbare orde-exceptie moet worden verstaan. In zijn algemeenheid gaat het erom dat de erkenning en de tenuitvoerlegging van een buitenlandse gezagsbeslissing geen rechtsgevolgen in het leven mogen roepen die in strijd komen met de harde kern van de eigen rechtsorde, waarbij het belang van het kind een bijzondere rol speelt. Voorts is duidelijk dat de openbare orde-exceptie niet te snel mag worden ingezet. De exceptie is een ultimum remedium en de toepassing ervan dient beperkt te blijven tot uitzonderingsgevallen. De exceptie mag niet worden ingezet om de erkenning en de tenuitvoerlegging van een buitenlandse gezagsbeslissing tegen te houden op de enkele grond dat de buitenlandse rechter anders heeft beslist dan de lokale rechter zou hebben gedaan, of de buitenlandse rechter een ander materieel recht op het gezag heeft toegepast dan zou gelden volgens het IPR van de lokale rechter.

Uit het vorenstaande volgt dat op de openbare orde-exceptie enkel een beroep kan worden gedaan wanneer de erkenning of tenuitvoerlegging van een in een andere staat gegeven beslissing op onaanvaardbare wijze zou botsen met de rechtsorde van de aangezochte staat, doordat inbreuk op een fundamenteel beginsel zou worden gemaakt. De inbreuk moet bestaan in kennelijke schending van een rechtsregel die in de rechtsorde van de aangezochte staat van essentieel belang wordt geacht, of van een in die rechtsorde als fundamenteel erkend recht, waarbij bijzondere betekenis toekomt aan de door het EVRM gewaar-

36

In artikel 23 aanhef en onder a Brussel IIbis-Verordening wordt dat als volgt geformuleerd: 'Een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt niet erkend indien de erkenning, gelet op het belang van het kind, kennelijk strijdig zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat'. Deze formulering komt in nagenoeg gelijklopende bewoordingen terug in artikel 23 lid 2 aanhef en onder d HKbV 1996.

borgde fundamentele rechten.³⁷ Een voorbeeld van een buitenlandse beslissing die wegens strijd met de openbare orde niet in aanmerking zal kunnen komen voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland, is een beslissing waarin het gezagsrecht van de moeder wordt afgewezen op de enkele grond dat het kind buiten huwelijk is geboren.

Wanneer op de erkenning en tenuitvoerlegging van een gezagsbeslissing geen internationale regeling (verordening of verdrag) van toepassing is, komt het nationale IPR van staten in beeld. De voorwaarden voor erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse gezagsbeslissingen verschillen per land, maar in ieder geval is aannemelijk dat een schending van de openbare orde steeds een grond zal zijn voor weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlandse gezagsbeslissing.

Samenvattend:

Een beslissing van de Nederlandse rechter over het gezag wordt in alle lidstaten van de Europese Unie (met uitzondering van Denemarken) en in de landen die partij zijn bij het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, erkend zonder dat de beslissing inhoudelijk wordt getoetst. Voor de tenuitvoerlegging van een gezagsbeslissing zal de rechter in de staat van tenuitvoerlegging verlof moeten verlenen tot tenuitvoerlegging van de buitenlandse gezagsbeslissing. De erkenning en de tenuitvoerlegging van de gezagsbeslissing kunnen evenwel worden geweigerd, bijvoorbeeld wanneer de buitenlandse beslissing is gegeven zonder dat het kind, in strijd met de fundamentele procesregels van de aangezochte staat, in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, of wanneer sprake is van strijd met de openbare orde van de betrokken staat.

37

Zie met betrekking tot de openbare orde-exceptie in het kader van de EEX-Verordening (nr. 44/2001) inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in vermogensrechtelijke zaken: HvJEU 23 oktober 2014, C-302/13, NJ 2015/284, m.nt. L. Strikwerda, r.o. 47: '(...) dat de verdragsluitende staten (...) in beginsel weliswaar vrij blijven, de eisen van hun openbare orde vast te leggen overeenkomstig hun nationale opvattingen, maar dat de afbakening van dit begrip een kwestie van uitlegging van die verordening is. Ofschoon het derhalve niet aan het Hof is, de inhoud van het begrip openbare orde van een lidstaat te definiëren, is het wel aan het Hof, toe te zien op de grenzen waarbinnen de rechter van een lidstaat dit begrip kan invoeren om een beslissing van een andere lidstaat niet te erkennen'. Zie ook r.o. 55: '(...) dat het begrip openbare orde tot doel heeft, kennelijke schending van een rechtsregel die in de rechtsorde van de aangezochte staat van essentieel belang wordt geacht, of van een in die rechtsorde als fundamenteel erkend recht, tegen te gaan'. Zie ook HvJEU 19 november 2015, C-455/15, RvdW 2016/49.

10.4.2.2 Gezagsverhoudingen ontstaan van rechtswege, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder rechterlijke tussenkomst

Indien aan een gezagsverhouding geen beslissing van een rechter of andere autoriteit ten grondslag ligt, maar de gezagsverhouding van rechtswege, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling is ontstaan, rijst de vraag of deze gezagsverhouding in het buitenland kan worden geldend gemaakt. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 geeft hiervoor een conflictregeling (artikel 16) die reeds is besproken in par. 10.4.1. In het kader van de geldendmaking van gezagsverhoudingen in het buitenland is het van belang om vast te stellen dat deze conflictregeling alleen van toepassing is in staten die zijn gebonden aan dit verdrag. Naast de lidstaten van de Europese Unie zijn dat Albanië, Armenië, Australië, Ecuador, Georgië, Kroatië, Monaco, Montenegro, Marokko, Noorwegen, Oekraïne, Rusland, Servië, Uruguay en Zwitserland.³⁸ Indien in één van deze verdragsstaten een vraag rijst over het automatisch, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling ontstane gezagsverhouding, weet men dat in de desbetreffende verdragsstaat daarop de conflictregeling van het verdrag zal worden toegepast. Dit betekent dat een volgens de wetgeving van de gewone verblijfplaats van het kind buiten de rechter om in het leven geroepen gezagsverhouding in de betrokken verdragsstaat steeds zal worden geaccepteerd, behoudens strijd met de openbare orde (artikel 22) (zie par. 10.4.2.1).

Rijst dezelfde vraag in een niet-verdragsstaat, dan zal het IPR van die staat moeten uitwijzen hoe wordt omgegaan met een volgens de wetgeving van een andere staat van rechtswege, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling in het leven geroepen gezagsverhouding. Een voorbeeld: de met elkaar gehuwde juridische moeders van een kind hebben naar Nederlands recht van rechtswege het gezag over hun kind (artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder b in verbinding met artikel 1:251 lid 1 BW). Het gezin verhuist vanuit Nederland naar Chili; Chili is niet gebonden aan het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. In Chili rijst de vraag wie met het oog op het geven van toestemming voor een geneeskundige behandeling van het kind is belast met het gezag over het kind. Het antwoord op die vraag moet door het Chileense IPR worden

38

Stand van zaken per september 2016; zie voor een actueel overzicht van de verdragsstaten www.hcch.net.

gegeven. Er valt in zijn algemeenheid niet veel te zeggen over hoe het buitenlandse IPR zal omgaan met de geldendmaking van gezagsverhoudingen die in het buitenland van rechtswege, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling zijn ontstaan. Naar valt aan te nemen, zal het buitenlandse IPR de openbare orde-exceptie inzetten wanneer de toepassing van buitenlands gezagsrecht leidt tot strijd met een fundamentele regel van personen- en familierecht van het betrokken land.

Samenvattend:

Als gezag over een kind in een land automatisch, op grond van een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling is ontstaan, zonder tussenkomst van een rechter of andere autoriteit, en het kind verhuist naar een land dat is aangesloten bij het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, blijft dat gezag in stand. Verhuist het kind naar een land dat niet is aangesloten bij het verdrag, dan bepalen de lokale regels van IPR of de gezagsverhouding in dat land wordt erkend.

10.5 DRAAGMOEDERSCHAP IN HET NEDERLANDSE INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Vanwege de beperkte mogelijkheden voor draagmoederschap in Nederland (zie Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland) kiezen Nederlandse wensouders er soms voor om gebruik te maken van een draagmoeder in het buitenland (onder andere India, Oekraïne, Californië, Rusland en Thailand). Exacte cijfers over het aantal Nederlandse wensouders dat naar het buitenland afreist, ontbreken, maar uit de informatie die naar voren is gekomen uit de hoorzittingen die door de Staatscommissie zijn gehouden, blijkt een toenemende belangstelling voor draagmoederschapstrajecten in het buitenland. In hun zoektocht naar draagmoederschapsvriendelijke landen komen Nederlandse wensouders doorgaans uit in landen waar zij direct bij de geboorte van het kind of kort daarna op de geboortakte worden vermeld als de juridische ouders van het kind. De vraag rijst of deze buitenlandse geboor-

teakte kan worden erkend in Nederland. Gelden de Nederlandse wensouders naar Nederlands IPR als de juridische ouders van het kind?

10.5.1 ERKENNING VAN BUITENLANDSE GEBORTEAKTE

In het Nederlandse IPR ontbreekt een specifieke regeling met betrekking tot de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen op grond van draagmoederschap, zodat daarvoor de algemene regels voor de erkenning van buitenlandse afstammingsverhoudingen gelden (zie par. 10.3.2). In de Nederlandse rechtspraak wordt een buitenlandse geboortekte waarop de wensouders als de juridische ouders worden vermeld zonder vermelding daarop van de geboortemoeder, niet erkend wegens strijd met de Nederlandse openbare orde. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert deze buitenlandse geboortekte in te schrijven in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand, omdat strijd met een fundamentele regel van Nederlands afstammingsrecht wordt aangenomen (artikel 10:101 lid 1 in verbinding met artikel 10:100 lid 1 onder c BW). De erkenning van deze buitenlandse geboortekte zou een rechtsgevolg in het leven roepen dat in strijd is met de in Nederland voor fundamenteel gehouden regel van afstammingsrecht dat de geboortemoeder altijd de juridische moeder is ('mater semper certa est'), ongeacht of het kind genetisch van de geboortemoeder afstamt en ongeacht de bedoeling van de geboortemoeder om het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders (vgl. artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW). Op basis van de buitenlandse geboortekte zal het kind niet zijn ontstaansgeschiedenis kunnen nagaan, wanneer de geboortemoeder daarop niet wordt vermeld. Heersend is de opvatting dat de inschrijving van een dergelijke geboortekte tot gevolg zou hebben dat de afstamming van een kind van zijn geboortemoeder wordt achtergehouden, hetgeen op gespannen voet staat met het internationaal erkende recht van het kind om zijn eigen afstamming te kennen.³⁹ Een buitenlandse geboortekte kan in Nederland dan ook alleen worden erkend en ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, wanneer de akte de geboortemoeder (draagmoeder) vermeldt als de juridische moeder van het kind. Opvallend is overigens dat het argument dat de afstamming van het kind van zijn geboortemoeder uit de geboortekte moet blijken, niet wordt gebruikt als een niet-genetische vader op een geboortekte staat vermeld als de juridische vader van het kind. Dit laat

39

Zie nader F. Ibili, in: Asser/Vonken 10-II 2016/364, Boele-Woelki e.a. 2011, p. 184-187 en Boele-Woelki 2013.

echter onverlet dat uit rechtsvergelijkende studies blijkt dat in nage-
noeg alle landen waar bezwaren tegen draagmoederschap bestaan, de
openbare orde-exceptie uit het IPR van het betrokken land wordt ingezet
om de erkenning van een buitenlandse geboorteakte waarop de geboor-
temoeder niet staat vermeld, tegen te houden. Schending van het ‘mater
semper certa est’-beginsel heeft ook in deze landen tot gevolg dat de
buitenlandse afstamming die op draagmoederschap volgt, niet wordt
erkend.⁴⁰

Om een en ander te illustreren kan worden gewezen op een beslissing
van de Rechtbank Den Haag van 23 november 2009,⁴¹ waarin het kort
gezegd ging om Nederlands-Amerikaanse wensouders (man/man) en een
Amerikaanse draagmoeder, die in Californië is bevallen van een twee-
ling. Voor de conceptie is gebruik gemaakt van de zaadcellen van een
van de wensouders en de eicellen van een anonieme donor. De rechter
te Californië heeft de afstamming tussen de wensouders en de kinderen
vastgesteld en bevolen de geboorteakten van de kinderen dienover-
eenkomstig op te maken. De Amerikaanse geboorteakten vermelden de
wensouders als de juridische ouders van de kinderen, terwijl de draag-
moeder daarop niet wordt genoemd. Het verzoek tot inschrijving van de
Amerikaanse geboorteakten in de Nederlandse registers van de burger-
lijke stand wordt door de ambtenaar van de burgerlijke stand afgewezen
wegens strijd met de Nederlandse openbare orde. Deze afwijzing wordt
in rechte bestreden, doch tevergeefs. Volgens de Rechtbank Den Haag is
de openbare orde geschonden. De rechtbank motiveert dit als volgt:

*‘De rechtbank overweegt dat ingevolge artikel 1:198 BW moeder van het
kind is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadop-
teerd. Dit artikel wordt in Nederland als een fundamentele regel van fa-
milierecht beschouwd. Gelezen in samenhang met artikel 7 IVRK (een kind
heeft het recht om, voor zover mogelijk, zijn of haar ouders te kennen
en door hen te worden verzorgd) en (...) artikel 8 IVRK acht de rechtbank
dit beginsel, dat blijkens de wetsgeschiedenis onverkort van toepassing
is indien het genetisch materiaal niet afkomstig is van de vrouw die het
kind heeft gebaard, van openbare orde. Een kind moet, indien mogelijk,
aan de hand van de geboorteakte in staat worden gesteld zijn afstam-
ming van moederszijde te kennen. In de Amerikaanse geboorteakten van*

40

Zie o.a. Trimmings & Beaumont 2013, p. 510 e.v. en Boele-Woelki e.a. 2011, p. 217 e.v.

41

Rb. Den Haag 23 november 2009, *NIPR* 2016/23.

de minderjarigen zijn geen gegevens van de moeder opgenomen. In dit specifieke geval zijn de gegevens van de moeder echter wel bekend. De rechtbank is van oordeel dat het inschrijven van de Amerikaanse geboorteakten, waarop geen gegevens van de moeder zijn opgenomen, maakt dat de afstamming van een persoon wordt achtergehouden. De rechtbank is van oordeel dat de minderjarigen de keuze moet worden gelaten om op latere leeftijd hun identiteit in te vullen zoals zij dat willen. Zij dienen daartoe, voor zover mogelijk, toegang te hebben tot hun volledige afstammingsgegevens. Inschrijving van de Amerikaanse geboorteakten komt daarmee in strijd met de Nederlandse openbare orde.'

Dit is de redenering die in vrijwel alle rechterlijke beslissingen terugkomt, waarin de erkenning van een buitenlandse geboorteakte zonder vermelding van de geboortemoeder daarop wordt afgewezen wegens strijd met de Nederlandse openbare orde.⁴²

Samenvattend en betekenend:

In de Nederlandse rechtspraak wordt een buitenlandse geboorteakte waarop de wensouders als de juridische ouders worden vermeld zonder vermelding daarop van de geboortemoeder, niet erkend wegens strijd met de Nederlandse openbare orde.

Dit betekent dat de akte niet kan worden ingeschreven in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand.

10.5.2 GEVOLGEN VAN NIET-ERKENNING VAN DE BUITENLANDSE AFSTAMMING

Indien erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen op grond van draagmoederschap in Nederland wordt geweigerd, leidt dit tot een hinkende afstammingsstatus waarbij het kind in zijn geboorteland de wensouders en in Nederland de draagouders als juridische ouders heeft. Dat dit resultaat hoogst ongewenst is en bovendien niet in het belang van het kind, behoeft geen nader betoog. Deze hinkende afstammingsstatus werkt door in alle aan de afstamming verbonden rechtsgevolgen, zoals de nationaliteit en de geslachtsnaam van

42

Zie verder bijvoorbeeld Rb. Den Haag 18 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:417, Rb. Den Haag 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627 en Rb. Den Haag 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

het kind, alsmede zijn positie als wettelijk erfgenaam van de wensouders. Wordt het kind naar Nederlands recht niet beschouwd als de juridische afstammeling van de Nederlandse wensouders, dan kan hij geen aanspraak maken op de Nederlandse nationaliteit, heeft hij in Nederland niet de geslachtsnaam van de wensouders en heeft hij in Nederland niet de positie van wettelijk erfgenaam van de wensouders. Pas nadat tussen het kind en de wensouders in Nederland een afstammingsband is tot stand gekomen (op grond van erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en/of adoptie), zal het kind aanspraak kunnen maken op deze aan de afstamming verbonden rechtsgevolgen.

Als de buitenlandse geboorteakte wegens strijd met de openbare orde niet wordt erkend en ingeschreven in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand, kan op verzoek van onder andere de wensouders de Rechtbank Den Haag de voor het opmaken van een vervangende geboorteakte noodzakelijke gegevens vaststellen, indien het kind Nederlander is of te eniger tijd Nederlander dan wel Nederlands onderdaan niet-Nederlander is geweest, het kind rechtmatig verblijft op grond van artikel 8 onder c en d van de Vreemdelingenwet 2000, of op grond van Boek 1 BW een latere vermelding aan de akte van geboorte moet worden toegevoegd (artikel 1:25c lid 1 BW). De geslachtsnaam, de voornamen, alsmede de plaats en de dag van de geboorte van de vader en van de moeder worden vastgesteld, voor zover daarvoor aanwijzingen zijn verkregen (artikel 1:25c lid 2 BW). Aan de hand van de geboortegegevens die door de rechter zijn vastgesteld, wordt door de ambtenaar van de burgerlijke stand te Den Haag een vervangende geboorteakte opgesteld. Na inschrijving van deze vervangende geboorteakte kan het door (een van) de wensouders op basis van erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie verworven ouderschap als latere vermelding aan de vervangende geboorteakte worden toegevoegd (artikel 1:20 BW).

In de praktijk blijkt dat de weigering van de erkenning van een buitenlandse afstammingsrelatie tussen kind en wensouders tot grote problemen kan leiden bij het inreizen van het kind. Als de Nederlandse wensouders door Nederland niet worden aangemerkt als de juridische ouders van het kind, verkrijgt het kind niet de Nederlandse nationaliteit.

teit.⁴³ De wensouders zullen in dat geval in beginsel – voor uitzonderingen zie hierna – een machtiging tot voorlopig verblijf moeten verkrijgen alvorens het kind Nederland kan inreizen. Dit kan tot praktische problemen leiden. De Nederlandse wensouders verblijven vaak op basis van een tijdelijk visum in het geboorteland van het kind, zodat zij (na een eventuele verlenging van de geldigheidsduur van het visum) op enig moment het land zullen moeten verlaten, doch zonder het kind, dat Nederland – zonder een machtiging tot voorlopig verblijf – immers niet kan inreizen. Het achterlaten van het kind bij de geboortemoeder is geen optie, omdat haar intentie nu juist is geweest om het kind bij de geboorte onvoorwaardelijk af te staan aan de wensouders. Er zijn gevallen bekend waarin het kind tijdelijk wordt opgevangen in een pleeggezin of kindertehuis. Het mag duidelijk zijn dat het belang van het kind bij deze gang van zaken niet is gediend.

De rechtspraak laat gevallen zien waarin Nederlandse wensouders in rechte hebben gevorderd dat de Nederlandse Staat meewerkt aan het afgeven van een nooddocument waarmee het kind Nederland kan inreizen. Het belang van het kind om bij zijn feitelijke opvoeders te kunnen blijven en de omstandigheid dat het kind na erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en/of adoptie in Nederland alsnog het Nederlanderschap zal verkrijgen, kunnen meebrengen dat een dergelijke vordering wordt toegewezen.⁴⁴

De hiervoor genoemde problemen met inreizen van het kind zullen zich niet voordoen wanneer het kind in zijn geboorteland de nationaliteit heeft verkregen van een land waarvoor Nederland geen machtiging tot voorlopig verblijf vereist. De vrijstelling voor de machtiging tot voorlopig verblijf geldt onder anderen voor personen met de nationaliteit van een van de volgende landen: Australië, Canada, Japan, Monaco, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, Verenigde Staten, Zuid-Korea, België, Bulgarije, Cyprus, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, IJsland, Italië, Kroatië, Letland, Liechtenstein, Litouwen, Luxemburg, Malta, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechië, Verenigd Koninkrijk, Zweden en Zwitserland.

43 Als het kind evenmin de nationaliteit van de geboortemoeder verkrijgt, omdat het kind in zijn geboorteland niet als afstammeling van de geboortemoeder wordt beschouwd, is het kind stateloos.

44 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Den Haag 9 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP3764.

Samenvattend en betekenis:

Omdat de in het buitenland tot stand gekomen afstamming tussen wensouder(s) en kind in Nederland niet wordt erkend, worden – indien mogelijk – door de rechter in Nederland de geboortegegevens van het kind alsnog vastgesteld. De gegevens worden vermeld op een nieuwe in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand op te maken geboorteakte van het kind. Dit leidt dan tot een zogenoemde ‘hinkende afstammingsstatus’ van het kind. Dit betekent dat het kind volgens het recht van het land van zijn herkomst de wensouder(s) als juridische ouder(s) heeft, maar in Nederland zijn geboortemoeder en haar eventuele echtgenoot of geregistreerde partner als juridische ouders heeft. De wensouders kunnen op een later tijdstip alsnog met een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind worden toegevoegd na erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie. Naar Nederlands recht ontstaat dan alsnog een familierechtelijke betrekking tussen het kind en de wensouder(s).

10.5.3 OVERIGE VRAGEN VAN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

In de Nederlandse rechtspraktijk zijn vooral vragen gerezen over de erkenning van buitenlandse geboorteakten waarop de Nederlandse wensouders als de juridische ouders van het kind worden vermeld, zonder vermelding daarop van de draagmoeder. In de literatuur en jurisprudentie gaat de aandacht dan ook vooral uit naar deze erkenningsvraag. Andere vragen van IPR die in de praktijk in mindere mate aan de orde komen, zijn: (i) de erkenning van afstamming, volgend op draagmoederschap, wanneer deze afstamming is gebaseerd op een erkenningshandeling, een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of een adoptiebeslissing, (ii) het toepasselijke recht op de draagmoederschapsovereenkomst en (iii) het toepasselijke recht op de afstamming van een kind dat in Nederland wordt geboren uit een buitenlandse draagmoeder. Aangezien draagmoederschap en in het bijzonder de IPR-aspecten daarvan volop in ontwikkeling zijn, zal de Nederlandse rechtspraktijk in de nabije toekomst ook met deze vragen steeds vaker worden geconfronteerd. Vooralsnog is de IPR-behandeling van deze vragen niet uitgekristalliseerd.⁴⁵

10.6 BEVINDINGEN

De Staatscommissie constateert, mede op basis van de hoorzittingen die zijn gehouden, een aantal knelpunten met betrekking tot internationaal ouderschap, gezag en draagmoederschap die de aandacht behoeven. Deze knelpunten worden hierna besproken, voor zover relevant voor de opdracht van de Staatscommissie. Het gaat dan om het toepasselijke recht op het ontstaan van ouderschap in Nederland van twee vrouwen met een gemeenschappelijke vreemde nationaliteit (par. 10.6.1), de erkenning van een buitenlandse geboorteakte in Nederland, volgend op een buitenlands draagmoederschapstraject (par. 10.6.2), de kenbaarheid van het gezag voor derden (par. 10.6.3) en de erkenning van Nederlandse vormen van ouderschap en gezag in het buitenland (par. 10.6.4).

10.6.1 KINDEREN MET TWEE JURIDISCHE MOEDERS

Het van rechtswege ontstaan van juridisch ouderschap in Nederland voor twee vrouwen op grond van de Wet lesbisch ouderschap⁴⁶ geldt alleen wanneer de afstamming wordt beheerst door Nederlands recht. Wordt de afstamming krachtens artikel 10:92 BW beheerst door het recht van een vreemde staat, omdat de twee vrouwen de nationaliteit van een vreemde staat gemeenschappelijk hebben, dan bepaalt het toepasselijke vreemde recht of de vrouwen bij de geboorte van het kind van rechtswege het juridisch ouderschap verwerven. Aangezien het (van rechtswege ontstaan van) juridisch ouderschap voor twee vrouwen wereldwijd vooralsnog een zeldzaam verschijnsel is, is de kans groot dat bij vrouwen met een gemeenschappelijke nationaliteit van een vreemde staat het juridisch ouderschap in Nederland bij de geboorte niet van rechtswege zal ontstaan. De geboortemoeder zal bij de geboorte van rechtswege in familierechtelijke betrekking tot het kind staan, terwijl de duomoeder het kind zal moeten erkennen of haar ouderschap gerechtelijk zal moeten laten vaststellen volgens een van de door artikel 10:95 BW respectievelijk artikel 10:97 BW aangewezen rechtsstelsels; ook is adoptie door de duomoeder nog een optie. Deze gang van zaken wordt in het bijzonder als onbevredigend ervaren door vrouwenkoppels die weliswaar een vreemde nationaliteit bezitten, maar al heel lang in Nederland wonen en geen of nauwelijks binding meer hebben met het land van hun nationaliteit.

46

Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480, in werking getreden op 1 april 2014.

Samenvattend en betekenis:

Het automatisch ontstaan van juridisch ouderschap van twee vrouwen (in Nederland op grond van de Wet lesbisch ouderschap) komt in buitenlandse rechtsstelsels nog weinig voor. Wanneer op de afstamming van een in Nederland geboren kind uit een huwelijk of een geregistreerd partnerschap tussen twee vrouwen buitenlands recht van toepassing is, zullen de twee vrouwen meestal niet beiden automatisch de juridische ouders van het kind worden, omdat het toepasselijke buitenlandse afstammingsrecht hierin in de regel niet zal voorzien. Het juridisch ouderschap van de geboortemoeder zal automatisch ontstaan, maar het juridisch ouderschap van de duomoeder zal tot stand moeten worden gebracht door erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie.

10.6.2 BUITENLANDSE GEBORTEAKTE ZONDER VERMELDING VAN GEBORTE-MOEDER

Wanneer Nederlandse wensouders gebruik maken van een draagmoederschapstraject in het buitenland, zijn in de praktijk serieuze problemen geconstateerd bij de vraag naar de erkenning in Nederland van de buitenlandse afstamming. Volgens de heersende leer worden buitenlandse geboortekten waarop de wensouders als de juridische ouders van het kind worden vermeld, zonder vermelding van de geboortemoeder daarop, in Nederland niet erkend wegens strijd met de openbare orde, in het bijzonder met de voor fundamenteel gehouden regel van afstammingsrecht dat de geboortemoeder altijd als de juridische moeder geldt ('mater semper certa est'). Dat is een groot knelpunt in de praktijk, zowel voor de wensouders als voor het kind. In veel gevallen is het kind niet in staat direct na de geboorte in het buitenland Nederland in te reizen en zullen de wensouders eerst een machtiging tot voorlopig verblijf moeten verkrijgen. Ook als deze hobbel is genomen, is er een periode waarin de Nederlandse wensouders naar Nederlands recht niet worden beschouwd als de juridische ouders van het kind, terwijl zij feitelijk wel de ouders – opvoeders en verzorgers – van het kind zijn. Zolang in Nederland tussen het kind en de wensouders geen afstammingsrechtelijke relatie is tot stand gebracht op grond van erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie, hebben de wensouders geen formele positie, hetgeen door hen als krenkend kan worden ervaren. Het kind verkeert tijdelijk in een ouderschapsvacuüm, omdat het naar Nederlands recht

de geboortemoeder/draagmoeder als juridische moeder heeft, maar volgens het recht van zijn geboorteland de wensouders als juridische ouders heeft. Deze hinkende afstammingsstatus is onwenselijk en in strijd met het belang van het kind.

Samenvattend en betekenis:

In sommige landen worden wensouders als juridische ouders op de geboortakte van het uit een draagmoeder geboren kind vermeld. Die geboortakten worden in Nederland niet erkend wegens strijd met de openbare orde, in het bijzonder de voor fundamenteel gehouden regel van afstammingsrecht dat de geboortemoeder altijd de juridische moeder is ('mater semper certa est'). Dit betekent dat, als de wensouders met het kind naar Nederland willen reizen of reeds met het kind in Nederland zijn aangekomen, de wensouders volgens de Nederlandse wetgeving niet worden beschouwd als de juridische ouders van het kind. Naar Nederlands recht geldt de draagmoeder als de juridische moeder van het kind, ook al heeft zij afstand van het kind gedaan. De wensouders zullen de Nederlandse rechter moeten vragen de gegevens van de draagmoeder vast te stellen, die in een nieuw in Nederland op te maken geboortakte worden vermeld. Vervolgens zal via erkenning van het kind, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en/of adoptie van het kind het ouderschap van de wensouders in Nederland alsnog tot stand moeten worden gebracht.

10.6.3 KENBAARHEID VAN GEZAG

Het is niet altijd goed kenbaar wie het gezag over een kind heeft of hebben, zowel in interne als in buitenlandse gevallen (zie ook Hoofdstuk 7, Gezag). In het Nederlandse gezagsregister staat vermeld welke personen het gezag hebben als dit door de juridische ouders zelf is aangetekend of als het gezag is gewijzigd door een rechterlijke beslissing. In het Besluit gezagsregisters staat welke rechtsfeiten die betrekking hebben op het gezag, in het register worden aangetekend. Als het gezag automatisch ontstaat, staat dit niet in het gezagsregister. De kenbaarheid van het gezag voor derden speelt niet alleen in interne gevallen, maar ook in internationale gevallen. Als gezag van rechtswege in het buitenland is ontstaan of het gezag in het buitenland is gewijzigd op grond van een rechterlijke beslissing of anderszins, is in Nederland voor derden niet zonder meer kenbaar hoe het gezag over het kind is geregeld, wanneer de gezagsdraggers of een Nederlandse autoriteit dit niet hebben

aangetekend in het Nederlandse gezagsregister. Dit kan tot praktische problemen leiden wanneer in Nederland rechtshandelingen moeten worden verricht namens het kind, bijvoorbeeld het aanvragen van een verblijfsdocument voor het kind of het geven van toestemming voor een medische behandeling van het kind. In veel gevallen zal van de betrokken derden niet kunnen worden verlangd om na te gaan of, en zo ja, hoe het gezag in het buitenland is ontstaan en in hoeverre het buitenlandse gezag wordt erkend in Nederland.

Samenvattend en betekenis:

Als gezag in het buitenland automatisch is ontstaan en in Nederland wordt erkend, is voor een derde niet altijd kenbaar wie met het gezag is belast. Een derde in Nederland zal doorgaans niet ervan op de hoogte zijn hoe het gezagsrecht in het buitenland in elkaar zit. Dit betekent bijvoorbeeld dat een arts niet altijd weet of kan weten van wie hij precies toestemming moet hebben om een medische ingreep bij een kind uit te voeren.

10.6.4 ERKENNING VAN NEDERLANDSE VORMEN VAN GEZAG EN OUDERSCHAP IN HET BUITENLAND

Ten slotte verdient aandacht dat door Nederlandse ouders en gezagsdragers als knelpunt wordt ervaren dat ouderschap of gezag dat in Nederland is ontstaan, niet altijd wordt erkend in het buitenland. Dit geldt vooral wanneer sprake is van vormen van ouderschap of gezag die in het buitenland nog niet overal zijn geaccepteerd, zoals het ouderschap of gezag van twee vrouwen of twee mannen die met elkaar zijn gehuwd of tussen wie een geregistreerd partnerschap bestaat. Bij deze vorm van ouderschap en gezag zal er steeds rekening mee moeten worden gehouden dat vreemde staten hun openbare orde-exceptie zullen inroepen om deze vorm van ouderschap en gezag te weren. Hoewel deze hinkende rechtsverhoudingen uiterst onwenselijk zijn, zowel voor de ouders als voor het kind, moet worden onderkend dat Nederland niet heel veel kan doen om deze hinkende rechtsverhoudingen tegen te gaan. De erkenning van Nederlandse vormen van ouderschap en gezag in het buitenland is een kwestie van buitenlands IPR waarover Nederland niets heeft te zeggen. Hooguit zal de wetgever nieuwe vormen van ouderschap en gezag die nog niet overal in de wereld worden geaccepteerd, zodanig kunnen inrichten dat de erkenningskansen in het buitenland worden gemaxima-

liseerd. Ook ligt hier een belangrijke voorlichtingstaak voor de overheid, die betrokkenen zal moeten wijzen op de risico's van niet-erkenning van hun ouderschap en gezag in het buitenland.

Samenvattend en betekenis:

Ouderschap en gezag die in Nederland rechtsgeldig zijn ontstaan, worden in het buitenland niet altijd erkend. Dit geldt vooral in geval van ouderschap en gezag van twee ouders van hetzelfde geslacht. Als een gezin met twee ouders van hetzelfde geslacht naar het buitenland gaat, wordt hun juridische positie aldaar niet altijd geaccepteerd. Dit kan problematisch zijn, bijvoorbeeld als het kind moet worden ingeschreven in een bevolkingsadministratie of op een school dan wel het kind een operatie moet ondergaan in het ziekenhuis.



11 VISIE EN ADVIES STAATSCOMMISSIE

11.1 ALGEMEEN

11.1.1 AANLEIDING EN ONTWIKKELINGEN

De opdracht van de Staatscommissie komt voort uit de vaststelling dat in de afgelopen decennia grote maatschappelijke en medisch-technologische veranderingen hebben plaatsgevonden. Deze veranderingen hebben geleid tot de vraag of het huidige afstammings- en gezagsrecht nog wel aansluit bij de huidige en toekomstige samenleving. Onderzoek van de Staatscommissie bevestigt en nuanceert de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan haar opdracht. In Hoofdstuk 3, Maatschappelijke ontwikkelingen, heeft de Staatscommissie vastgesteld dat het merendeel van de kinderen nog steeds opgroeit bij de met elkaar gehuwde of als partners geregistreerde vader en moeder die beiden de juridische ouder zijn, al is het aandeel hiervan wel dalende. Verder groeien steeds meer kinderen op bij met elkaar samenwonende, ongehuwde en niet als partners geregistreerde moeder en vader, die tevens hun juridische ouders zijn. Steeds meer kinderen groeien op bij een alleenstaande ouder, doorgaans de moeder. Voor kinderen die opgroeien bij een alleenstaande moeder, geldt dat er in het overgrote deel van de gevallen sprake is van een andere uitwonende juridische ouder (doorgaans een vader). Ook groeit de groep kinderen die wordt verzorgd en opgevoed door een gehuwd of ongehuwd stel van verschillend geslacht, waarbij slechts één van beiden ook de juridische ouder is; het gaat dan vaak om stiefgezinnen.

Hoewel de aantallen op de gehele populatie nog steeds relatief klein zijn, is het aandeel kinderen dat bij twee vrouwen woont, sinds het midden van de jaren negentig bijna verdrievoudigd. Tegenwoordig is bij een derde van de gezinnen met twee vrouwen sprake van juridisch ouderschap van beide moeders. Over de aantallen kinderen die opgroeien bij twee vaders, ontbreken betrouwbare gegevens.

Ook het aantal kinderen in pleeggezinnen neemt toe. Uit de gesprekken met verschillende ervaringsdeskundigen en belangengroeperingen komt daarnaast het beeld naar voren dat een beperkt, maar groeiend, aantal kinderen opgroeit binnen vormen van (sociaal) meerouderschap, waarbij dit meerouderschap een vooropgezette keuze is geweest.

Uit al deze ontwikkelingen blijkt dat steeds meer kinderen in Nederland meerdere opvoeders om zich heen hebben, waarbij het niet noodzakelijkerwijs de juridische ouders behoeven te zijn die het kind feitelijk verzorgen en opvoeden (sociaal ouderschap). Verder blijkt dat een groeiend aantal kinderen opgroeit in een gezinssamenstelling waarbij de familierechtelijke betrekkingen niet automatisch (van rechtswege) vanaf de geboorte zijn geregeld.

Op medisch terrein volgen de ontwikkelingen elkaar zo mogelijk nog sneller op. IVF, zaad-, eicel- en embryodonatie en de opslag van gameten en testis- en eierstokweefsel zijn in een hoog tempo onderdeel gaan uitmaken van de reguliere zorg. Het gebruik van donorgameten, al dan niet in combinatie met IVF, maakt dat een genetische band tussen ouder en kind niet altijd meer vanzelfsprekend is. De genetische afstamming, ook van moeders kant, is voor kinderen minder zeker geworden. Kinderen die zijn verwekt vanaf 2004, kunnen achterhalen dat zij met behulp van donorgameten zijn verwekt en wie de donor is, mits de donatie in Nederland professioneel is begeleid. Dit laatste hoeft natuurlijk niet het geval te zijn, want donorzaad kan ook zelf door de wensouders zijn ingebracht. In dat geval is het kind afhankelijk van de ouders om te achterhalen wat zijn ontstaansgeschiedenis is. Maar ook kinderen die via de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting kunnen achterhalen dat zij met behulp van donorgameten of een donorembryo zijn verwekt, moeten hiervoor in de praktijk wel vermoeden of bekend zijn met het feit dat donorgameten zijn gebruikt of een donorembryo. Dit zal niet altijd het geval zijn.

Met de toegenomen medische mogelijkheden zijn ook de verwachtingen van wensouders veranderd. Mensen zijn in toenemende mate bereid om te proberen obstakels te overwinnen om een kind te kunnen krijgen. Als een behandeling in Nederland niet wordt aangeboden of niet toegankelijk is, is het mogelijk om gebruik te maken van medische diensten in het buitenland. In die gevallen bestaan er voor kinderen nog minder of soms zelfs geen mogelijkheden om de eigen ontstaansgeschiedenis te achterhalen. Dit geldt temeer als daarbij gebruik is gemaakt van anonieme donorgameten of donorembryo's. Het leveren van medische assistentie bij het gebruik van anonieme gameten of embryo's is in Nederland overigens niet toegestaan.

De Staatscommissie is gevraagd om advies uit te brengen over de betekenis van deze maatschappelijke en technologische veranderingen voor het afstammings- en gezagsrecht. In de opdracht is verwoord dat de belangen van kinderen voor de Staatscommissie een eerste overweging moeten vormen.

11.1.2 DE BELANGEN EN RECHTEN VAN HET KIND

De Staatscommissie stelt het kind centraal in haar onderzoek. Zij heeft zich telkens de vraag gesteld welke belangen en rechten het kind in een specifieke situatie heeft. De belangen van het kind draaien in de kern om het welzijn van kinderen en om een gezonde, volledige en harmonieuze ontwikkeling van kinderen naar onafhankelijke en sociaal verantwoorde individuen. Dit veronderstelt onder meer dat het kind belang heeft bij en recht heeft op respect voor zijn menselijke waardigheid en een met zijn ontwikkeling toenemende autonomie. De rechten van kinderen richten zich op de verwezenlijking van de belangen van het kind, waarbij als uitgangspunt geldt dat ieder kind wordt bejegend met respect voor zijn mensenrechten en fundamentele vrijheden. De rechten van het kind geven daarmee ook invulling aan de belangen van het kind. Rechten kunnen zijn neergelegd in het Nederlandse recht zoals dit zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld, of in internationale mensenrechtenverdragen zoals onder meer het IVRK en het EVRM. Daarnaast kunnen specifieke belangen van het kind worden onderkend vanuit de inzichten binnen onder meer de pedagogiek en de ethiek en door nadere beschouwing van maatschappelijke ontwikkelingen. Door de betrokken belangen en rechten te expliciteren en concretiseren wordt voorkomen dat ‘het belang van het kind’ een ‘toverformule’ wordt die moeilijk is toe te passen op concrete situaties. Achter een dergelijke ‘toverformule’ kunnen ook allerlei onuitgesproken of onvoldoende onderbouwde opvattingen schuilgaan. Dat moet worden vermeden. Voorts heeft de Staatscommissie bij de invulling van het belang van het kind ook uitdrukkelijk de visie van kinderen zelf op ouderschap en opvoederschap willen betrekken.

Iedere regeling die wordt voorgesteld, moet naar het oordeel van de Staatscommissie aanvaardbaar zijn in het licht van de belangen en rechten van het kind. Deze benadering vraagt onder meer om een concrete invulling van de belangen van het kind. De Staatscommissie realiseert zich echter dat deze belangen tot op zekere hoogte afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en dus moeilijk in een regeling te

vatten. Daarnaast zijn de belangen van het kind niet de enige belangen waarmee rekening moet worden gehouden, maar de belangen en rechten van het kind zijn voor de Staatscommissie in haar aanbevelingen van doorslaggevende betekenis. Die benadering sluit aan bij de centrale positie die de belangen en rechten van het kind hebben gekregen in het Nederlandse personen- en familierecht en het internationale recht. Het belang van het kind is in ieder geval gediend met een onvoorwaardelijk respect voor de (andere) rechten die zijn neergelegd in het IVRK.¹

De Staatscommissie vindt het belangrijk om vast te stellen dat de keuze om een kind te krijgen is ingegeven door de wens van de ouder(s) en dat de wens om een kind groot te brengen in beginsel mooi en positief is. Daarmee is het beginpunt van de vraag naar ouderschap doorgaans niet het belang van het toekomstige kind, maar de kinderwens van de ouder. Ouders zullen zich ook rekenschap moeten geven van het belang van het kind bij de invulling van hun kinderwens.² De Staatscommissie is van oordeel dat, waar de overheid is betrokken bij het realiseren van die wens, de beoordeling van het belang van het kind een centrale plaats moet krijgen.

11.1.3 GOED OUDERSCHAP

Kinderen hebben belang bij goede ouders. Het is echter niet mogelijk om vooraf vast te stellen of een ouder een ‘goede ouder’ voor een kind zal zijn. De Staatscommissie heeft zich de vraag gesteld waaraan goed ouderschap in pedagogische zin zou moeten voldoen en op welke wijze goed ouderschap kan worden bevorderd of zelfs gewaarborgd.

Onderzoek leidt in het algemeen tot de conclusie dat noch de samenstelling van het gezin (één of twee ouders, ouders van verschillend of gelijk geslacht), noch het bestaan van een genetische band tussen ouder en kind bepalend is voor de kwaliteit van de opvoeding. De relationele processen tussen de gezinsleden (tussen ouders en kinderen en tussen ouders onderling) zijn dat wél. Ook zijn risico's te herkennen en valt goed ouderschap in pedagogische zin te omschrijven. De Staatscommissie onderscheidt binnen dit ouderschap zeven kernen. Deze kernen zouden voor ieder kind beschikbaar moeten zijn: (1) een onvoorwaardelijk per-

1 Freeman 2007, p. 5-6. Zie ook Tobin 2006. We spreken hier van ‘andere rechten’, want respect voor het belang van het kind vormt ook een zelfstandig recht van het kind op basis van artikel 3 IVRK.

2 Artikel 18 lid 2 in verbinding met Preambule IVRK.

soonlijk commitment, (2) continuïteit in de opvoedingsrelatie, (3) verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn, (4) opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie, (5) het organiseren en monitoren van de opvoeding in het gezin, de school en het publieke domein (de drie opvoedmilieus), (6) de vorming van de afstammingsidentiteit en (7) de zorg voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen, onder wie de andere ouder.

De ouders/verzorgers dienen ervoor te zorgen dat al deze onderdelen beschikbaar zijn.

Net als perfecte kinderen bestaan ook perfecte ouders niet. Maar de meeste ouders slagen erin om in de opvoeding van hun kinderen deze zeven kernen voldoende tot hun recht te laten komen. Toch hecht de Staatscommissie eraan om deze zeven kernen expliciet centraal te stellen in het recht dat het ontstaan en de opvoeding van kinderen in Nederland betreft. De zeven kernen vormen een handvat voor het bewaken van de ondergrens van voldoende ouderschap of opvoederschap. Voorkomen moet worden dat de invulling van deze zeven kernen zal tekortschieten.

In vele typen gezinnen kan een adequate opvoeding plaatsvinden. Dit wil niet zeggen dat alle gezinsvormen op alle punten vergelijkbaar zijn. Ook mag niet worden geconcludeerd dat het opvoeden in alle gezinsvormen even gemakkelijk is. De context waarin de opvoeding plaatsvindt, kan de opvoeding verstoren. In éénoudergezinnen worden ouders gemiddeld zwaarder belast, is het opleidingsniveau vaak lager en is er in de praktijk vaker sprake van een laag inkomen. Hetzelfde geldt voor gezinnen na echtscheiding, hetgeen kan leiden tot conflicten en veranderingen in de omgeving van het kind. In gezinnen met ouderparen van gelijk geslacht kan er sprake zijn van homofobe reacties van de buitenwereld waarvan het kind last heeft. Deze contextuele factoren kunnen de opvoeding ontregelen.

Met name als er sprake is van een opeenstapeling van deze 'riscofactoren' kunnen de relaties tussen gezinsleden worden ontregeld.³ De literatuur laat echter zien dat men niet mag uitgaan van de principiële schadelijkheid van enige van de genoemde gezinsstructuren. Dit is ook van belang voor de situatie waarin derden zijn betrokken bij het ontstaan van een toekomstig kind. Zij dragen in dat geval immers eveneens

een verantwoordelijkheid voor het toetsen van de aanwezigheid van risicofactoren en de toekomstige beschikbaarheid van de zeven kernen van goed ouderschap.⁴

Aanbeveling:

1. Stel de zeven kernen van goed ouderschap centraal in het afstammings- en gezagsrecht. Waarborgen voor een adequate invulling van deze zeven kernen moeten in iedere regeling van afstamming en gezag aanwezig zijn.

11.1.4 DE ROL VAN DE OVERHEID

Voor een visie op het afstammings- en gezagsrecht is tevens een visie nodig op de rol die de overheid op dat terrein zou moeten spelen. De ouders dragen gezamenlijk de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van het kind, in een sfeer van geluk, liefde en begrip.⁵ Maar het afstammings- en gezagsrecht biedt toegang tot en invulling aan ouderschap en/of gezag. Daarmee hebben zowel de wetgever als de uiteindelijk toetsende rechter een duidelijke rol bij het toekennen, beperken of beëindigen van ouderschap en gezag. De Staatscommissie neemt als uitgangspunt dat wetgeving bescherming en waarborging van eigen rechten moet bieden aan kinderen binnen afstammingsrelaties en opvoedingssituaties. Dit kan betekenen dat voorwaarden worden gesteld aan de vorming van afstammingsrelaties of aan het toekennen van gezag. Het kan ook betekenen dat de leefsituatie van een kind moet worden beschermd en dat ouders passende bijstand wordt verleend bij de uitoefening van hun rechten en verantwoordelijkheden. Kinderen zijn echter niet de enigen die bescherming verdienen. Bij draagmoederschap verdient ook de draagmoeder nadrukkelijk bescherming tegen uitbuiting.

Er zijn echter grenzen aan de mogelijkheden tot het bieden van bescherming. Voor een groot deel is men voor kinderbescherming aangewezene op maatregelen nadat het kind is ontstaan of geboren. Binnen het afstammings- en gezagsrecht bestaat bescherming voor een belangrijk deel uit buitengrenzen die wettelijk zijn vastgelegd (aantallen ouders per kind, leeftijdsgrenzen voor erkenning en adoptie) en waar nodig de rechterlijke toets. Binnen deze grenzen moet wetgeving zoveel als mogelijk

keuzevrijheid bieden. De wet moet ruimte bieden voor bestaande en toekomstige diversiteit in de maatschappij: geënt op de meest voorkomen-de situaties, maar met voldoende flexibiliteit voor diversiteit. Kinderen hebben immers recht op een gelijke bescherming en een zoveel mogelijk gelijke positie, ongeacht in welke gezinsvorm zij opgroeien. Om te verzekeren dat bij alle wijzigingen in wetgeving of beleid, ook naar aanleiding van het rapport van de Staatscommissie, uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de belangen en rechten van kinderen, adviseert de Staatscommissie om deze te toetsen aan de hand van een in sommige landen reeds voorgeschreven kind- en jongereneffectrapportage. Deze rapportage moet worden ingebed in het Integraal Afwegingskader Beleid en Regelgeving, dat geldt voor de voorbereiding van beleid en wetgeving.⁶

Aanbeveling:

2. Met het oog op de belangen en rechten van kinderen behoren voorgeno-men wijzigingen in wetgeving of beleid te worden getoetst aan de hand van een kind- en jongereneffectrapportage, ingebed in het Integraal Afwegingskader Beleid en Regelgeving.

11.1.5 TERUGKERENDE ALGEMENE VRAGEN

Bij haar onderzoek is de Staatscommissie op een aantal terugkerende vragen gestuit, die aan de orde zijn in alle of toch de meeste onderdelen van het rechtsgebied waarnaar zij heeft gekeken. Deze algemene vragen zijn: Welke waarde moet worden gehecht aan de genetische band tussen ouders en kinderen? Op welke manier wordt gewaarborgd dat kinderen kennis kunnen hebben van hun ontstaansgeschiedenis? Moet alles wat technologisch kan of wat ouders willen? Zo nee, waar liggen welke grenzen en waarom? Hoe om te gaan met het gegeven dat over sommige situaties waarin kinderen opgroeien, nog geen of nauwelijks (wetenschappelijke) kennis beschikbaar is? Wat betekent het dat bepaalde gezinsvormen of manieren om ouder(s) van een kind te worden maar beperkt voorkomen? Op welke manieren kunnen kinderen worden betrokken in vragen rond afstamming en gezag? Is relevant dan wel

6 De Staatscommissie is zich ervan bewust dat deze aanbeveling, voor zover die ziet op wijzigingen in beleid en regelgeving die niet binnen haar opdracht liggen, de grenzen van die opdracht te buiten gaat. De introductie van structurele aandacht voor de belangen en rechten van kinderen zou naar haar oordeel echter wél wenselijk zijn.

doorslaggevend of een ouderschapsband of gezagsrelatie ook in het buitenland zal worden erkend?

11.1.5.1 De waarde van de genetische band en de toegang tot afstammingsinformatie

Genetische banden of ‘bloedbanden’ raken aan een fundamenteel en gevoelig aspect van de identiteit van mensen. De ‘bloedlijn’ speelt een rol bij het plaatsen van een kind in een genealogische lijn.⁷ Het geeft mensen wortels en vormt het verhaal over waar men vandaan komt. Ouders doen in de praktijk dan ook vaak grote moeite om een genetisch eigen kind te krijgen.⁸ Medici gaan hierin ook mee en ontwikkelen hiervoor steeds geavanceerdere technieken.⁹ De meeste wensouders zien af van het krijgen van kinderen, als het niet mogelijk blijkt om genetisch eigen kinderen te krijgen. Maar er zijn ook (wens)ouders voor wie de genetische afstamming minder van belang blijkt, al dan niet gedwongen door de omstandigheden van de situatie.

Kennis over genetische banden kan ook in medisch opzicht van belang zijn, bijvoorbeeld als erfelijke ziekten in een familie voorkomen. De ‘bloedband’ heeft ook maatschappelijk een belangrijke functie: mensen worden erdoor opgenomen in een familie en een groep, of juist erbuiten geplaatst.

In het afstammingsrecht van vóór 1998 lag de nadruk van oudsher met name op het huwelijk.¹⁰ Het bestaan van een genetische band was daarmee eerder een veronderstelling dan een vereiste. Pas bij de herziening van het afstammingsrecht in 1998 kreeg de genetische band een zwaardere accent.¹¹ Daarbij bleef de positie van de geboortemoeder vaststaan¹² en kreeg de genetische band een bepalende rol bij het via de rechter vestigen of ontkennen van juridisch ouderschap. Sinds 1998 is er binnen het afstammingsrecht echter ook steeds meer ruimte gekomen voor juridisch ouderschap dat niet is gebaseerd op een (veronderstelde) genetische band. Juridisch ouderschap kan ook worden gebaseerd op

7 De Beaufort 2006, p. 9; in dezelfde zin: Pessers 2013.

8 Zie bijvoorbeeld Hendriks e.a. 2016

9 Zie voor een beschrijving van deze technologische ontwikkelingen Hoofdstuk 4, Medische ontwikkelingen en ethische vragen.

10 Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van de grondslagen van het afstammingsrecht Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.

11 Met name bij het via de rechter vestigen van ouderschap en bij de ontkenning van het ouderschap; zie Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.

12 ‘Mater semper certa est’; wie de moeder is, is zeker.

andere daden waaruit de verantwoordelijkheid voor het kind voortvloeit (bijvoorbeeld de intentie van de instemmende levensgezel). Bij adoptie is tegelijkertijd met de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht de gedachte verlaten dat het adoptiegezin een ‘natuurlijk gezin’ zou moeten weerspiegelen. Hieruit blijkt dat in toenemende mate belang werd gehecht aan de bescherming van de feitelijke situatie waarin kinderen opgroeien.¹³ Een laatste stap in deze ontwikkeling was de inwerkingtreding van de ‘Wet lesbisch ouderschap’, waarbij het mogelijk is geworden voor de duomoeder om van rechtswege of door erkenning de juridische ouder van een kind te worden. Dit is in lijn met het gegeven dat een genetische band tussen kind en ouder geen noodzakelijke voorwaarde is voor de kwaliteit van de opvoedrelatie; zie Hoofdstuk 4, Medische ontwikkelingen en ethische vragen, en Hoofdstuk 5, Pedagogische gezichtspunten.¹⁴ Ook in dit verband geldt dat niet de samenstelling van het gezin, maar de relationele processen tussen de gezinsleden bepalend zijn voor de kwaliteit van de opvoeding.

Kinderrechten

Vanuit kinderrechtenperspectief is een genetische band tussen kinderen en hun ouders evenmin een noodzakelijke voorwaarde of absolute eis. Het IVRK gaat niet expliciet uit van genetisch ouderschap. Waarschijnlijk is wel dat genetische afstamming bij het opstellen van het IVRK als uitgangspunt werd verondersteld. Het IVRK erkent echter ook de mogelijkheid van adoptie als wijze waarop iemand de juridische ouder van een kind kan worden.¹⁵ In de regel is er geen genetische band tussen een adoptieouder en een geadopteerd kind.

Het IVRK biedt kinderen het recht hun ouders te kennen en de eigen identiteit te behouden.¹⁶ Daaronder wordt ook het recht op afstammingsinformatie geschaard.¹⁷ Een recht op afstammingsinformatie vloeit ook voort uit het recht op bescherming van het privéleven van het kind, verankerd in artikel 8 EVRM.¹⁸ Maar de genetische band speelt in de jurisprudentie van het EHRM ook een belangrijke rol bij het antwoord op de vraag wie recht heeft op ouderschap, gezag en omgang met een kind, al wordt in die jurisprudentie (ook) veel ruimte gelaten voor de

13 *Kamerstukken II* 1998/99, 26673, 3, p. 1.

14 Parke 2013, p. 134-135.

15 Artikel 21 IVRK.

16 Artikel 7 in verbinding met artikel 8 IVRK.

17 HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, *NJ* 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*), r.o. 5.1.3.

18 EHRM (GK) 7 juli 1989, 10454/83, *NJ* 1991, 659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*).

bescherming van de feitelijke situatie waarin het kind opgroeit.¹⁹ Daar staat tegenover dat het Europese Hof juist ook vergaande inbreuken op de feitelijke situatie accepteert, zoals het vervangen van de sociale vader door de genetische vader, om de afstammingsrelatie in overeenstemming te brengen met de werkelijke genetische band tussen het kind en de verwekker.²⁰ Hierbij wordt dan verwezen naar het belang dat het kind heeft bij het kennen van zijn genetische afstamming.

Genetische band in het afstammings- en gezagsrecht

De Staatscommissie is gevraagd de grondslagen van het afstammings- en gezagsrecht te herijken. De genetische band is een van die grondslagen. De Staatscommissie acht het van belang dat bij een herijking van de grondslagen wordt geredeneerd vanuit de verschillende belangen die het kind heeft bij het al dan niet bestaan van een genetische band met de ouders.

De genetische band kan de basis vormen om een persoon verantwoordelijk te houden voor het bestaan van een kind, en daarmee voor de (bekostiging van de) verzorging en opvoeding van het kind. Maar daarnaast kan ook, en gelijkwaardig, de intentie om een kind geboren te laten worden als grondslag dienen om een persoon verantwoordelijk te houden voor dat kind. Daarvoor is een genetische band tussen ouder en kind dus geen voorwaarde.

De Staatscommissie overweegt dat, als juridisch ouderschap samenvalt met genetisch ouderschap, het voor een kind eenvoudiger is om relevante informatie te krijgen over de genetische afstamming en over de eigen ontstaansgeschiedenis. In gevallen waarbij de rechter actief meewerkt aan het tot stand brengen van juridisch ouderschap, en het mogelijk is om een kind te krijgen waarbij de genetische band en de juridische band samenvallen, verdient de keuze om *geen* genetische band te laten ontstaan met ten minste één van de ouders dan ook een nadere toelichting en toetsing, zo concludeert de Staatscommissie. Denkbaar is dat er zwaarwegende redenen zijn om een genetische band te voorkomen. De rechter zou evenwel niet moeten meewerken aan het lichtvaardig afzien van een dergelijke band.

19 EHRM 29 juni 1999, 27110/95 (*Nylund/Finland*) en EHRM 21 december 2010, 3465/03 (*Chavdarov/Bulgarije*).

20 EHRM 14 januari 2016, 30955/12, EHRC 2016/76, m.nt. S. Florescu (*Mandet/Frankrijk*).

Aanbeveling:

3. Laat de genetische afstamming tussen ouder en kind en de intentie tot ouderschap een gelijkwaardige grondslag vormen om een persoon verantwoordelijk te houden voor een kind.

Terminologie

De Staatscommissie constateert dat, als het gaat om het bestaan van genetische banden, de term ‘afstamming’ verwarring wekt. Deze term ziet op het bestaan van zowel genetische bloedbanden als een juridische ouderschapsband. Als naast de genetische band ook andere grondslagen een prominente rol hebben binnen het afstammingsrecht, ligt het voor de hand te kiezen voor een bredere term, waaronder ook de intentie als grondslag valt. De Staatscommissie is van oordeel dat de term afstammingsrecht moet worden vervangen door het neutralere ‘verwantschapsrecht’. In lijn daarmee dient ook de term ‘bloedverwantschap’ voor juridische verwantschap te worden vervangen door een neutralere term. Om een duidelijke onderscheiding te handhaven met het begrip ‘aanverwantschap’ stelt de Staatscommissie voor om de term ‘bloedverwantschap’ te vervangen door ‘verwantschap’. Daarmee is geborgd dat het gaat om verwantschap in de zin van het bestaan van familierechtelijke betrekkingen, terwijl met de term ‘aanverwantschap’, evenals nu, wordt bedoeld op personen die onderdeel uitmaken van de familie van volle verwanten doordat zij met een verwant zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan.²¹ Ook de term ‘afstammingsinformatie’ is wat dat betreft te beperkt. De Staatscommissie geeft in dit verband de voorkeur aan ‘informatie over de ontstaansgeschiedenis’. Dit omvat naast afstammingsinformatie tevens informatie over personen en instanties die betrokken zijn geweest bij het ontstaan van een kind, maar die niet genetisch verwant zijn met het kind. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de IVF-draagmoeder en de kliniek waarin de bevruchting heeft plaatsgevonden.

21

Zie artikel 1:3 lid 2 BW. Van aanverwanten wordt in de volksmond ook wel gezegd dat zij ‘van de koude (of kouwe) kant zijn’.

Aanbeveling:

4. Vervang de term *afstammingsrecht* door *verwantschapsrecht*, de term *bloedverwantschap* door *verwantschap* en de term *afstammingsinformatie* door *informatie over de ontstaansgeschiedenis*.

11.1.5.2 Beschikbaarheid van informatie over de ontstaansgeschiedenis

De Staatscommissie stelt vast dat de geboorteakte, waarop de juridische ouders zijn vermeld, geen informatie over de genetische afstamming bevat. Na adoptie en bij ouders van gelijk geslacht staat vast dat ten minste één van de ouders niet de genetische ouder is.²² Maar ook in andere gevallen kan het juridisch ouderschap afwijken van het genetisch ouderschap. De Staatscommissie acht de geboorteakte daarom niet geschikt om de kennis van de afstamming te verzekeren. Het kind moet dus op een andere manier worden voorgelicht over de eigen afstamming, of breder: de eigen ontstaansgeschiedenis. De Staatscommissie is met de Hoge Raad van oordeel dat het geven van ‘statusvoorlichting’ aan een kind behoort tot de zorg en verantwoordelijkheid voor het geestelijk welzijn en de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.²³ Ook is het geven van statusvoorlichting opgenomen in de zeven kernen van goed ouderschap. Het recht op afstammingsinformatie is opgenomen in de artikelen 7 en 8 IVRK en in artikel 8 EVRM. De Staatscommissie adviseert dit recht breed op te vatten, namelijk als een recht van kinderen op informatie over de ontstaansgeschiedenis.²⁴ Met ontstaansgeschiedenis bedoelt de Staatscommissie naast de gegevens over de gameten- of embryodonor(en) ook de gegevens van de niet-genetische geboortemoeder en de betrokken instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend. De Staatscommissie heeft overwogen dat het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis zo fundamenteel is, dat verankering in hoofdstuk 1 van de Grondwet niet zou misstaan. Nu dit recht reeds is opgenomen in of voortvloeit uit voor Nederland bindende verdragen als het IVRK en het EVRM en de desbetreffende verdragsbepalingen ten minste ten dele direct doorwerken in de Nederlandse rechtsorde, is ervan

22 Uitzondering hierop wordt gevormd door adoptie na IVF-draagmoederschap in Nederland, omdat IVF-draagmoederschap momenteel enkel toegankelijk is indien gebruik wordt gemaakt van gameten van beide wensouders.

23 HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*), r.o. 5.1.4, onder verwijzing naar artikel 1:247 lid 1 BW.

24 Zie ook Boele-Woelki 2013, p. 14.

afgezien om hiertoe te adviseren. Wel adviseert de Staatscommissie om dit recht van kinderen als informatieverplichting voor de gezagsdragers te expliciteren in artikel 1:247 BW.

In aanvulling daarop stelt de Staatscommissie voor om mogelijk te maken en te bevorderen dat zoveel en zo vaak mogelijk de identiteit van de genetische ouder(s) wordt geregistreerd als die afwijkt van hetgeen op de geboorteakte van het kind staat vermeld.²⁵ Op grond van de huidige regelgeving is registratie van donorgegevens²⁶ bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting enkel mogelijk en verplicht ingeval gebruik wordt gemaakt van medisch geassisteerde inseminatie of IVF. Als geen gebruik is gemaakt van medisch geassisteerde inseminatie of IVF, of als gebruik is gemaakt van zaad van de eigen partner, is registratie niet mogelijk. De Staatscommissie adviseert het systeem van (donor)registratie zodanig te herzien, dat registratie van gegevens over de ontstaansgeschiedenis ook mogelijk wordt zonder dat sprake is van medische assistentie. De Staatscommissie is zich ervan bewust dat een sluitend systeem van registratie van de genetische afkomst niet haalbaar zal zijn. De registratie kan niet altijd worden afgedwongen en voorts kan niet worden voorkomen dat wensouders gebruik kunnen blijven maken van ongeregistreerd donormateriaal, bijvoorbeeld door dit in het buitenland te verwerven. Verder komt het ook door andere oorzaken voor dat de geboortemoeder niet zeker is van de identiteit van de verwekker van het kind. De Staatscommissie is desondanks van oordeel dat zoveel mogelijk moet worden bevorderd dat de identiteit van de personen van wie een kind genetisch afstamt, voor het kind vanaf een bepaald tijdstip kenbaar kan zijn of worden. Het zelf door de ouders doen registreren van gegevens over de ontstaansgeschiedenis van het kind zal dat kunnen bevorderen. Het opnemen van het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis in artikel 1:247 BW kan deze registratie bevorderen. Daarnaast blijft het nodig dat wensouders worden voorgelicht over het belang van openheid over de ontstaansgeschiedenis. Hierbij is een belangrijke rol weggelegd voor medici, maar mogelijk ook voor ambtenaren van de burgerlijke stand. Het desbetreffende in het leven te roepen register zou 'register ontstaansgeschiedenis' (ROG) kunnen worden genoemd.

25 Zie voor een eerste verkenning van een vergelijkbaar voorstel Waaldijk 1996, p. 101-102.

26 Wordt gebruik gemaakt van een *zaadcel* van de eigen partner, dan geldt deze niet als donor en wordt deze niet geregistreerd. De *eicel* van de partner valt blijkens artikel 1 onder c onder 2 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting wél onder het begrip 'kunstmatige donorbevruchting' en daarmee onder de registratieplicht.

De Staatscommissie heeft de suggestie gekregen dat er een strafrechtelijk verbod zou moeten komen op het gebruik van anonieme donorgameten of voor het achterhouden van informatie over de ontstaansgeschiedenis. Dit acht de Staatscommissie echter onwenselijk en niet uitvoerbaar. Voor een controle hierop zou de overheid immers ver moeten treden binnen de privésfeer van de familie. Ook zou een strafbaarstelling kunnen leiden tot de perverse prikkel om juist geen enkele openheid over de ontstaansgeschiedenis te geven.

Als anderen dan medische professionals ook informatie over de ontstaansgeschiedenis kunnen registreren, ontstaan er twee soorten registraties. De eerste soort betreft registratie van gegevens die afkomstig zijn van de arts of medische instelling die medische assistentie heeft verleend bij de bevruchting, zoals nu reeds gebeurt bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Van de juistheid van deze gegevens kan in beginsel worden uitgegaan. Voorts kunnen de gegevens worden aangeleverd door de ouders zelf of met toestemming van de ouders door derden. Hierbij zou het ook mogelijk moeten zijn om de rechter te verzoeken vervangende toestemming voor registratie te verlenen. Omdat bij de registratie van deze gegevens geen onafhankelijke deskundigen zijn betrokken, is de kans groter dat achteraf blijkt dat de registratie niet juist is. Het zal daarom mogelijk moeten zijn dat de registratie wordt gestaafd met bewijs en dat gegevens worden verbeterd als later blijkt dat deze niet kloppen.

De Staatscommissie realiseert zich dat de wens om zoveel mogelijk gegevens van genetische ouders te registreren niet zal kunnen leiden tot een systeem waarin van elk kind de genetische verwantschap is opgenomen. Aanvaard moet worden dat dit doel niet voor de volle 100% haalbaar zal zijn. Dit mag er echter niet aan in de weg staan afstammingsgegevens zo volledig mogelijk te registreren en toegankelijk te maken voor kinderen. Ook de leeftijdsgrenzen voor de toegang tot deze gegevens zouden moeten worden heroverwogen. Een kind heeft recht op informatie over zijn ontstaansgeschiedenis ongeacht zijn eigen leeftijd. Harde leeftijdsgrenzen, zoals die thans worden gehanteerd in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, passen daarbij niet. Een kind dat op zoek is naar informatie over de eigen ontstaansgeschiedenis en in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, zou toegang tot die informatie moeten kunnen krijgen. Dat geldt ook

voor de persoonsidentificerende gegevens van de donor.²⁷ Wel is het van belang dat een kind voldoende sociale en psychologische begeleiding ontvangt, van de ouders of via het ROG.²⁸

Aanbevelingen:

5. Leg het recht op afstammingsinformatie in de artikelen 7 en 8 IVRK en in artikel 8 EVRM extensief uit tot een recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis.
6. Leg het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis vast als onderdeel van de plichten en rechten van degenen die het gezag over een kind uitoefenen.
7. Leg een register ontstaansgeschiedenis (ROG) aan waarin, naast de thans reeds geregistreerde donorgegevens, ook andere informatie over de ontstaansgeschiedenis al dan niet verplicht kan worden opgeslagen. Het ROG, en niet de gegevens op de geboorteakte, vormt de waarborg voor de beschikbaarheid van deze gegevens voor kinderen. Geef de mogelijkheid om registratie te staven met bewijs en de mogelijkheid tot verbetering van gegevens.
8. Schaf de minimale leeftijdsgrens voor de toegang tot het ROG af: een kind dat op zoek is naar informatie over de eigen ontstaansgeschiedenis en in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, moet toegang tot al die informatie kunnen krijgen. Wel is het van belang dat een kind voldoende sociale en psychologische begeleiding ontvangt.
9. Bevorder actief de registratie van informatie in het ROG en geef voorlichting over het belang van openheid over de ontstaansgeschiedenis, niet alleen via medici en verloskundigen, maar ook via de ambtenaar van de burgerlijke stand.

11.1.5.3 Hoe om te gaan met nieuwe ontwikkelingen, mag alles wat kan?

Een veel aan de Staatscommissie gestelde vraag, of tegenover haar geponeerde stelling, is dat niet alles wat kan, ook zou mogen worden gedaan. Deze stelling is opgeworpen zowel met betrekking tot medische ontwikkelingen als over draagmoederschap en nieuwe gezinsvormen.

²⁷ Zie ook het vergelijkbare advies van de Raad voor het Jeugdbeleid 1992, p. 9.

²⁸ Vergelijkbaar met de wijze waarop de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting dit organiseert.

Voor zover deze stelling beoogt duidelijk te maken dat nieuwe ontwikkelingen voortdurend kritisch moeten worden gezien en beoordeeld op hun wenselijkheid, kan de Staatscommissie deze stelling onderschrijven. Maar waar deze stelling wordt gebruikt als zelfstandig argument om een bepaalde ontwikkeling (bij voorbaat) tegen te gaan, krijgt zij het karakter van een retorische vraag en debatstopper, waarbij het antwoord op voorhand vaststaat: nee, niet alles wat kan mag.

De Staatscommissie heeft zich gebogen over de vraag wat het criterium zou moeten zijn om een bepaalde ontwikkeling, op medisch terrein of daarbuiten, te accepteren, tegen te gaan of zelfs te verbieden. Het bestaan van ethische bezwaren tegen een bepaalde ontwikkeling is naar het oordeel van de Staatscommissie op zich nog geen voldoende argument om te komen tot een verbod of tot het tegengaan van bepaalde ontwikkelingen. In de pluriforme Nederlandse samenleving bestaan verschillende levensbeschouwelijke en religieuze opvattingen over het krijgen van kinderen en over de medische technologieën die hiervoor soms worden ingezet. Zo is er in het begin van de ontwikkeling van IVF sterk geprotesteerd en sprak men de vrees uit over een hellend vlak (kinderen op bestelling). Ook zijn er nog steeds grote zorgen over de druk die zulke technologieën op vrouwen uitoefenen: het mag niet alleen, het moet. Op de vraag 'Mag alles wat kan?' wordt door individuen verschillend geantwoord. Die verschillen zullen er altijd zijn: de een is er mordicus tegen, de ander is zeer verheugd over of dankbaar voor een medische of maatschappelijke ontwikkeling. Ethische overwegingen kunnen zeer wel een argument zijn om persoonlijk iets niet te (willen) doen, maar daarmee hoeven deze overwegingen nog niet te worden opgelegd aan eenieder. Het is de taak van de Staatscommissie om in een pluriforme samenleving nieuwe ontwikkelingen en technologieën primair te toetsen aan het belang van het kind. De bescherming van dat belang staat immers voorop. Vanuit het belang van het kind bezien, zou dan met name het antwoord op de vraag of een ontwikkeling schadelijk is voor het welzijn van het kind, leidend moeten zijn voor het antwoord op de vraag of iets wat kan ook zou moeten mogen.²⁹ Dit sluit ook aan op het uitgangspunt dat wetgeving bescherming moet bieden.³⁰ Of nieuwe vruchtbaarheidsbehandelingen of ontwikkelingen in gezinssituaties schadelijk zijn, zal zonder voldoende onderzoek echter niet altijd duidelijk zijn. Dat is inherent aan het 'nieuwe' van de ontwikkeling. In die gevallen zal telkens onderzoek

29

Liefwaard 2016.

30

Zie Hoofdstuk 2, Uitgangspunten van wetgeving.

moeten plaatsvinden en in afwachting van de resultaten van dit onderzoek zal moeten worden beredeneerd welke risico's aan de orde kunnen zijn en waarop de verwachting van die risico's is gebaseerd. Door deze verwachtingen te expliciteren wordt verificatie mogelijk. Hiervoor is dan wel voldoende onderzoekscapaciteit nodig, anders dreigt de vraag naar de schadelijkheid van een bepaalde ontwikkeling deels te worden ingehaald door een groeiende (internationale) praktijk.

Op medisch terrein zijn de buitengrenzen getrokken van wat mag worden neergelegd in wetgeving. Dit neemt niet weg dat artsen altijd in eerste instantie degenen zijn die worden geconfronteerd met de vraag of een nieuwe behandeling kan worden toegepast. Zij bepalen daarmee in eerste instantie welke medische technieken wel en niet beschikbaar zijn in Nederland. Artsen hebben daarmee een grote verantwoordelijkheid jegens het betrokken kind én jegens de zorg vragende wensouders. De Staatscommissie acht het van belang dat de wetgever normen stelt. De overheid kan daarmee verhoeden dat behandelingen (te) beperkt of (te) ruim beschikbaar komen vanwege uiteenlopende factoren, zoals de individuele overtuigingen van artsen of een gebrek aan financiering.

De Staatscommissie is zich bewust van het feit dat ook voor sommige voorstellen die zij doet, nog weinig grootschalige onderzoeksgegevens beschikbaar zijn die het effect van de voorgestelde regelingen kunnen helpen voorspellen. Zij stelt daarom telkens een behoedzame ontwikkeling voor; voorkomen moet worden dat ten koste van kinderen wordt geëxperimenteerd met het afstammingsrecht. Opgedane ervaringen in het buitenland en alle wél beschikbare gegevens zijn daarom van groot belang geweest voor het formuleren van haar voorstellen. Maar daarbij past wel voorzichtigheid: ervaringen in het buitenland zijn deels plaatsgebonden. Ook gesprekken met ervaringsdeskundigen en betrokkenen zijn van waarde geweest voor het formuleren van de voorstellen van de Staatscommissie. De effecten van iedere voorgestelde regeling blijven echter tot op zekere hoogte onzeker. De Staatscommissie beveelt dan ook aan om reeds voorafgaand aan de invoering van nieuwe wetgeving na te denken over de evaluatie van die wetgeving, om zo de effecten snel en betrouwbaar in beeld te brengen. Waar zich duidelijke negatieve effecten voordoen, kan zo ook bijtijds worden bijgestuurd.

Aanbevelingen:

10. Bij nieuwe medische of maatschappelijke ontwikkelingen zal de mogelijke schadelijkheid voor het welzijn van het kind telkens zo snel mogelijk in kaart moeten worden gebracht. Hiervoor dient onderzoekscapaciteit beschikbaar te worden gesteld.
11. Snelle medische ontwikkelingen vragen om een actieve wetgever, die de verantwoordelijkheid van artsen verlicht door normen te stellen.
12. Reeds voorafgaand aan de invoering van nieuwe wetgeving dient te worden nagedacht over de evaluatie van die wetgeving, om zo de effecten snel en betrouwbaar in beeld te brengen. Waar zich duidelijke negatieve effecten voordoen, kan zo ook bijtijds worden bijgestuurd.

11.1.5.4 Wetgeving alleen voor de grote groep of ook voor het individu?

De Staatscommissie heeft als uitgangspunt genomen dat regelgeving die zij voorstelt, zo eenvoudig en bestendig mogelijk moet zijn. Regelingen moeten ook uitvoerbaar en handhaafbaar zijn. Dit impliceert dat het afstammings- en gezagsrecht zo wordt ingericht dat juridisch ouderschap en gezag voor de grootste groepen automatisch, of ten minste zo laagdrempelig mogelijk, tot stand komen. Maar dat kan uiteraard niet ten koste gaan van de nodige zorgvuldigheid; de regeling mag evenmin aanleiding geven tot onnodige gerechtelijke procedures om van rechtswege ontstaan juridisch ouderschap of gezag te laten wijzigen.

De Staatscommissie heeft ook geconstateerd dat er een toenemende diversiteit is in de wijzen waarop kinderen ontstaan en gezinsvormen waarbinnen kinderen opgroeien. Het gaat doorgaans niet om grote groepen. Sociaal meerouderschap en draagmoederschap komen in de praktijk niet heel veel voor. Hetzelfde geldt, zij het in mindere mate, voor ouderschap van twee personen van gelijk geslacht. Dit maakt naar het oordeel van de Staatscommissie echter niet dat wetgeving voor deze kleine groepen minder prioriteit zou moeten hebben. Ook waar het in het afstammings- en gezagsrecht om kleine percentages gaat, zijn er nog steeds vaak honderden of duizenden kinderen bij betrokken. Zelfs waar het om kleinere aantallen gaat, staan voor de betrokken kinderen steeds grote belangen op het spel. Daarbij is van belang dat het afstammings- en gezagsrecht op zich niet leidend is voor het al dan niet voorkomen van bepaalde gezinsvormen. De maatschappij kent deze vormen al, er groeien al kinderen op in zeer diverse situaties. De vraag is vooral of de

wetgeving voor al deze situaties een kader biedt.

Deze kinderen, en ook hun ouders en verzorgers, hebben recht op bescherming. Ieder kind heeft immers recht op een gelijke positie en bescherming onder de wet, ongeacht de situatie waarin het wordt geboren (vergelijk artikel 2 IVRK). Gelijke gevallen moeten zoveel mogelijk gelijk worden behandeld. Nu als uitgangspunt geldt dat het stellen van beperkingen aan ontwikkelingen enkel aan de orde is indien deze ontwikkeling schadelijk is voor het welzijn van het kind, moet het afstammings- en gezagsrecht de flexibiliteit hebben om ruimte te bieden aan de bestaande en toekomstige diversiteit in de maatschappij. Daarmee wordt recht gedaan aan de gelijkheid van kinderen én de keuzevrijheid van het individu.

Aanbeveling:

13. Zorg dat het afstammings- en gezagsrecht voldoende flexibiliteit heeft om maatwerk te bieden voor de bestaande diversiteit, terwijl het welzijn van het kind centraal blijft staan.

11.1.5.5 De positie van de betrokken kinderen

Hoorrecht

Het recht om te worden gehoord is een van de pijlers van het IVRK³¹ en wordt alom erkend in de rechtspraak van het EHRM en in internationale regelgeving, waaronder het recht van de Europese Unie. Het markeert duidelijk de verschuiving in het denken die het IVRK heeft teweeggebracht voor kinderen: van object waarover wordt beslist, naar rechtssubject dat een eigenstandige inbreng heeft in beslissingen die hem of haar aangaan.³² Het recht om te worden gehoord waarborgt dat het belang van het kind ook daadwerkelijk als eerste overweging kan gelden.³³ Er is debat over de vraag of alles wat een kind zegt, ook altijd één op één aan de ouders moet worden doorgegeven. De rechter heeft immers ook een verantwoordelijkheid voor de relatie tussen het kind en de ouders na de procedure. Daarmee kan het horen van kinderen op gespannen voet komen te staan met het openbaarheidsbeginsel en het beginsel

31 Artikel 12 IVRK.

32 Parkes 2013, p. 5.

33 Committee on the rights of the child, *General comment no. 14, on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration*, Geneva 2013, p. 18.

van gelijkheid van procespositie.³⁴ Maar kinderen krijgen door te worden gehoord wel kennis van en een eigen inbreng in belangrijke beslissingen die over hun leven worden genomen en daarmee in de invulling van hun belangen. Ook kan het hoorrecht bijdragen aan een eerlijke procedure, waarin kinderen effectief kunnen participeren. De Staatscommissie is van oordeel dat het belang van het kind niet kan worden ingevuld zonder hierin het kind te kennen, op een wijze die recht doet aan de zich ontwikkelende vermogens (leeftijd en rijpheid) van een kind.

Het huidige wettelijke kader voor het horen van kinderen³⁵ gaat uit van een leeftijdsgrens van twaalf jaar.³⁶ Voor de specifieke leeftijdsgrens van twaalf jaar zijn nauwelijks objectieve argumenten aan te dragen.³⁷ Naar het oordeel van de Staatscommissie zou het al dan niet horen van kinderen bij voorkeur niet aan de hand van een leeftijdsgrens moeten worden bepaald, maar juist per geval moeten worden beoordeeld. Dit kan binnen het huidige wettelijk systeem ook, zoals blijkt uit de praktijk bij internationale kinderontvoeringen waarbij veel jongere kinderen ook worden gehoord. Doordat de leeftijdsgrens van twaalf jaar in de wet is opgenomen, is deze in de praktijk vaak leidend. Tegelijkertijd heeft de Staatscommissie begrip voor de behoefte vanuit de praktijk aan duidelijke leeftijdsgrenzen, dus vanaf welke leeftijd een kind zou moeten worden gehoord.

De Staatscommissie is van oordeel dat kinderen al vanaf acht jaar het recht moeten hebben om te worden gehoord in procedures rond afstamming en gezag. Horen zou het uitgangspunt moeten zijn. Door het horen kan worden beoordeeld of en in hoeverre het kind in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen. Tevens kan de rechter aan de hand

34 Bruning 2007 en Van Teeffelen 2007.

35 Artikel 809 Rv.

36 Voor minderjarigen van twaalf jaar of ouder leidt de Hoge Raad (HR 1 november 2013, NJ 2014/24, m.nt. S.F.M. Wortmann) uit wet en wetsgeschiedenis een beperkt aantal gronden af, op basis waarvan kan worden beslist om een jongere niet in de gelegenheid te stellen zijn mening kenbaar te maken, indien:

- a. het een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft (artikel 809 lid 1 Rv);
- b. de gelegenheid waarop de minderjarige zijn mening kenbaar kan maken, niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige (artikel 809 lid 3 Rv);
- c. de minderjarige kennelijk niet wil worden gehoord;
- d. de minderjarige wegens een lichamelijke of geestelijke stoornis niet in staat is zich een mening te vormen; of
- e. schade voor de gezondheid van de minderjarige valt te vrezen.

37 De Commissie Wiarda beargumenteerde deze leeftijdsgrens destijds met de cesuur die in het leven van vrijwel ieder Nederlands kind ontstaat als het van de basisschool naar het voortgezet onderwijs gaat, en een verwijzing naar de strafrechtelijke verantwoordelijkheid die ontstaat bij twaalf jaar; zie Wiarda 1971, p. 63.

daarvan bepalen welk gewicht aan de inbreng van het kind moet worden gegeven. De leeftijdsgrens van acht jaar is uiteraard eveneens arbitrair. De Staatscommissie meent dat in zijn algemeenheid een kind vanaf de leeftijd van acht jaar in staat moet worden geacht te begrijpen wat beslissingen omtrent afstamming en gezag betekenen, mits deze aan hen worden uitgelegd. Kinderen vanaf die leeftijd zijn ook in veel gevallen in staat zich een mening te vormen over deze onderwerpen. Een verlaging van de leeftijd waarop kinderen het recht hebben te worden gehoord, vergt naar het oordeel van de Staatscommissie evenwel nader onderzoek én een bredere bezinning op de positie van minderjarigen in het Nederlandse procesrecht, die haar opdracht te buiten gaat. Een dergelijke bredere bezinning zou naar haar oordeel wél wenselijk zijn.

Aanbeveling:

14. De Staatscommissie is van oordeel dat kinderen vanaf acht jaar in de gelegenheid moeten worden gesteld om te worden gehoord in procedures rond afstamming en gezag. De Staatscommissie adviseert het hoorrecht van kinderen te betrekken in een bredere bezinning op de positie van minderjarigen in het Nederlandse procesrecht.

De rechtsingang van kinderen

Kinderen hebben niet alleen het recht om te worden gehoord. In sommige gevallen hebben zij ook het recht om zelfstandig, of met behulp van een bijzondere curator, onafhankelijk van hun wettelijk vertegenwoordiger een procedure te starten. De Staatscommissie heeft vastgesteld dat kinderen in aangelegenheden betreffende de afstamming voldoende mogelijkheden hebben om de rechter te benaderen. Hun staat in al deze aangelegenheden een bijzondere curator ter beschikking die hen kan vertegenwoordigen.³⁸

In aangelegenheden betreffende het gezag hebben kinderen echter slechts beperkte mogelijkheden om de rechter te benaderen (zie Hoofdstuk 7, Gezag). Kort gezegd heeft een kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar (of jonger als hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen) de mogelijkheid om in het kader van de echtscheiding de rechter informeel te benaderen met het verzoek het gezamenlijk gezag van zijn

juridische ouders om te zetten in eenhoofdig gezag. Als in het kader van die echtscheiding niet reeds door de rechter een beslissing is genomen over eenzelfde verzoek van een van de ouders, kan het kind dat verzoek op een later tijdstip ook nog doen. Maar als de rechter in het kader van die echtscheiding het verzoek om eenhoofdig gezag reeds heeft afgewezen, kan het kind niet nog een keer zelf zo'n verzoek doen, ook niet als de omstandigheden intussen zijn gewijzigd. In de wet is niet geregeld dat kinderen een verzoek kunnen doen om gezamenlijk gezag van hun niet met elkaar gehuwde of geregistreerde ouders om te zetten in eenhoofdig gezag. Kinderen hebben evenmin een ingang om de rechter te benaderen over andere gezagsaangelegenheden, bijvoorbeeld in de situatie waarin de ene ouder na overlijden van de andere ouder van rechtswege het eenhoofdig gezag heeft gekregen of als de ene ouder het eenhoofdig gezag heeft, terwijl het kind graag zou zien dat zijn beide ouders gezamenlijk gezag zouden uitoefenen of dat zijn andere ouder het eenhoofdig gezag zou uitoefenen.

De Staatscommissie adviseert om de huidige *informele* rechtsingang voor contact/omgang, zorgregeling en gezag na scheiding voor de minderjarige vanaf twaalf jaar (of jonger indien hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen) uit te breiden tot alle gezagskwesties, waarin geen van de ouders aan de rechter wijziging wil vragen. In zijn algemeenheid acht de Staatscommissie het de taak van ouders om eventuele conflicten die zij met elkaar hebben over de uitoefening van het gezag, zelf op te lossen. Als zij daar niet uitkomen, kunnen zij de rechter vragen een beslissing te nemen. In de situatie waarin de ouders het met elkaar eens zijn of zich om hen moverende redenen neerleggen bij de bestaande situatie, zullen zij de rechter niet benaderen. Dit mag niet betekenen dat de mogelijkheid voor het kind om een rechterlijke beslissing over het gezag te verkrijgen is afgesloten. De Staatscommissie meent dat het kind zijn stem moet kunnen laten horen en de mogelijkheid behoort te hebben om de rechter ten minste informeel te vragen het gezag over hem te wijzigen. De rechter zal een verzoek van een minderjarige omtrent de wijziging van gezag aan de hand van dezelfde criteria dienen te beoordelen als wanneer het verzoek afkomstig is van een ouder. De met gezag belaste ouder of ouders van het kind zullen worden opgeroepen om hun visie te vernemen op hetgeen het kind aan de rechter heeft voorgelegd. Zijn de belangen van de met het gezag belaste ouder(s) in

strijd met de belangen van het kind, dan kan de rechter een bijzondere curator benoemen.³⁹

De Staatscommissie adviseert daarnaast om de mogelijkheid van een *formele* rechtsingang van kinderen nader te bezien. Een formele rechtsingang heeft als belangrijk voordeel dat deze het kind een formele positie binnen de procedure biedt. Het kind is daardoor niet langer afhankelijk van de bereidheid van de rechter om een informeel verzoek te honoreren. Maar tegelijkertijd vergroot een formele rechtsingang de mogelijkheden voor ouders om via een kind een procedure te voeren in plaats van uit eigen naam, hetgeen onwenselijk is. Een formele rechtsingang vergt naar het oordeel van de Staatscommissie dan ook nader onderzoek én een bredere bezinning op de positie van minderjarigen in het Nederlandse procesrecht, die net zoals de eerdere aanbeveling omtrent de verlaging van de leeftijdsgrens voor het hoorrecht van kinderen de opdracht van de Staatscommissie te buiten gaat.⁴⁰ Een dergelijke bredere bezinning zou naar haar oordeel wél wenselijk zijn.

Aanbevelingen:

15. De huidige informele rechtsingang voor contact/omgang, zorgregeling en gezag na scheiding voor de minderjarige vanaf twaalf jaar (of jonger indien hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen) uitbreiden tot alle gezagskwesties.
16. De mogelijkheid c.q. wenselijkheid van een formele rechtsingang van kinderen nader bezien.

Het belang van het nog niet geboren of toekomstige kind

Een bijzondere uitdaging vormt het wegen van het belang van het kind dat nog niet is geboren of zelfs nog niet is ontstaan. Dit is aan de orde als de rechter of medici een kinderwens moeten beoordelen. Een nog niet ontstaan kind is nog geen drager van rechten. Een afweging van de individuele belangen van een kind dat nog niet is gecreëerd, op basis van de aan het kind in de toekomst mogelijk toekomende rechten, is daarom onmogelijk. De overheid is evenwel op grond van het IVRK ook verplicht om algemene beschermingsmaatregelen te nemen, waarbij ook de be-

39
40

Artikel 1:250 BW.
Zie in dat kader ook Jansen 2016.

langen van toekomstige kinderen tegen andere belangen worden afgewogen. In specifieke gevallen kan het zelfs wenselijk zijn om het toekomstige kind een stem te geven in procedures over toekomstig ouderschap. Het toekomstige kind heeft er wellicht belang bij om te ontstaan, maar niet iedere door de wensouders voorgestane aanpak van de conceptie, verzorging en opvoeding hoeft in het belang van het kind te zijn. De Staatscommissie acht het wenselijk dat in sommige gevallen het kindperspectief wordt ingebracht in procedures rond toekomstige afstamming, in lijn met artikel 12 IVRK. De bijzondere curator kan hierin een rol vervullen. Die kan de rechter helpen bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde aanpak vanuit het kind gezien zorgvuldig tot stand is gekomen en in het belang van het kind is. Dit speelt met name bij de beoordeling van mogelijk meerouderschap, waarop later in par. 11.2.5 wordt ingegaan.

11.1.5.6 Internationale erkenningskansen

Een laatste meer algemene terugkerende vraag waarover de Staatscommissie zich heeft gebogen, is de vraag naar het gewicht dat moet worden gegeven aan de erkenningskansen in het buitenland van afstamming en gezag die in Nederland zijn ontstaan. Een voorbeeld: Nederland heeft ervoor gekozen om het mogelijk te maken dat twee vrouwen van rechtswege juridisch moeder worden van het kind dat binnen hun relatie is geboren, maar is er ook een kans dat beide moeders in het buitenland als zodanig worden erkend? Het is daarbij van belang om te beseffen dat deze vraag, evenals de erkenning van het ouderlijk gezag in het buitenland, wordt beheerst door het recht van het desbetreffende buitenland en niet door het Nederlandse recht. Als het juridisch ouderschap of het gezag van de twee moeders niet wordt erkend, is vervolgens de vraag wat daarvan het gevolg is. Zie voor een bespreking van de problemen die een dergelijke ‘hinkende afstammings- of gezagsverhouding’ met zich kan brengen: Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief. De erkenningskansen van Nederlandse afstammings- en gezagsverhoudingen in het buitenland kunnen van land tot land verschillen; daarover valt geen zekerheid te geven, vooral niet wanneer het gaat om nieuwe afstammings- en gezagsvarianten die internationaal (nog) niet alom zijn geaccepteerd. De kans dat men in het buitenland de ‘openbare orde’-exceptie zal invoeren om erkenning te weigeren van nieuwe afstammings- en gezagsvarianten die in Nederland zijn ontstaan, is reëel.

In het verleden is de erkenningskans in het buitenland één van de argumenten geweest om wijzigingen op het terrein van het huwelijk, adoptie, afstamming en gezag in de Nederlandse wet (nog) niet te willen doorvoeren. Waar dit desondanks wél is gebeurd, blijkt de introductie van bepaalde nieuwe rechtsfiguren ook een aanjager van buitenlandse veranderingen in wetgeving te kunnen zijn. Een goed voorbeeld hiervan is de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht en, zij het nog in mindere mate, recentelijk de introductie van het juridisch ouderschap van rechtswege voor vrouwenparen.

De Staatscommissie is van oordeel dat de erkenningskansen in het buitenland geen zelfstandige reden kunnen zijn voor het al dan niet introduceren van nieuwe afstammings- of gezagsvormen. Wel zal de Nederlandse wetgever nieuw in te voeren regelingen zodanig moeten vormgeven en inrichten dat de erkenningskansen in het buitenland worden gemaximaliseerd. Als een afstammings- of gezagsrelatie niet wordt erkend in het buitenland, zal dit kunnen leiden tot vervelende consequenties voor de rechtsgevolgen die aan de afstamming en het gezag zijn verbonden, zoals de geslachtsnaam van het kind, de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid, de erfrechtelijke positie van het kind en de nationaliteit. Het is daarom van groot belang dat ouders zich bewust zijn van de erkenningskansen in het buitenland. De overheid heeft op dit terrein een voorlichtingstaak bij de introductie van nieuwe rechtsvormen. Maar ook de rechter zou hierbij een rol kunnen vervullen, indien deze is betrokken bij de totstandkoming van het juridisch ouderschap of gezag. Bij de afweging of een bepaalde rechtsvorm al dan niet in het belang van het kind is, zal de rechter kunnen meewegen in hoeverre de betrokkenen zich rekenschap hebben gegeven van de gevolgen van de mogelijke niet-erkenning van de rechtsvorm in het buitenland. De Staatscommissie is verder van oordeel dat eventuele wijzigingen in de regeling van afstamming en gezag die mogelijk niet op erkenning in het buitenland zullen kunnen rekenen, aanleiding moeten vormen om de acceptatie hiervan op de internationale agenda te plaatsen, bijvoorbeeld via de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.

Aanbevelingen:

17. Nieuwe afstammings- en gezagsvormen dienen zodanig te worden vormgegeven dat de erkenningskansen in het buitenland worden gemaximaliseerd.
18. De overheid dient voorlichting te geven over het belang van de erkenning in het buitenland voor ouders, opvoeders en verzorgers met een band met of woonplaats in het buitenland.
19. De overheid dient zich in te spannen om de acceptatie van nieuwe afstammings- en gezagsvormen in het buitenland op de internationale agenda te plaatsen.

Ten slotte

In het bovenstaande is ingegaan op de algemene vragen waarmee de Staatscommissie zich geconfronteerd heeft gezien. De antwoorden op deze vragen zijn, samen met de eerder gememoreerde belangen en rechten van het kind, bepalend geweest voor de aanbevelingen op het terrein van juridisch ouderschap, gezag en draagmoederschap. Waar nodig zal hierop worden teruggegrepen.

11.2 VISIE OP JURIDISCH OUDERSCHAP

11.2.1 GRONDSLAGEN VAN HET JURIDISCH OUDERSCHAP

In de meeste gevallen kiezen twee mensen er samen voor om een kind te willen krijgen en is een kind dat wordt geboren, genetisch verwant aan zowel de man als de vrouw. De wens om een genetisch eigen kind te krijgen kan niet altijd worden verwezenlijkt. Soms wordt binnen de relatie van een man en een vrouw met behulp van gedoneerde gameten (sperma en/of eicel) uiteindelijk toch een kind geboren of krijgen wensouders door adoptie een kind dat door zijn oorspronkelijke ouder(s) is afgestaan.

In andere gevallen wordt de keuze om samen een kind te willen krijgen gemaakt door twee mannen of twee vrouwen. In deze gevallen kan de wens om een kind te krijgen alleen worden verwezenlijkt als iemand anders, een derde, bereid wordt gevonden om gameten te doneren en/of als draagmoeder te fungeren. Ook ingeval een persoon alleen een kind

wil krijgen, is genetisch materiaal van een andere persoon en/of een draagmoeder nodig om de kinderwens te verwezenlijken.

Verder komt het voor dat meer dan twee mensen ervoor kiezen om samen een kind te willen krijgen. Behalve in de situatie waarin allen van gelijk geslacht zijn of er sprake is van onbehandelbare vruchtbaarheidsproblemen, zal er in deze situatie voldoende genetisch materiaal van beide seksen voorhanden kunnen zijn om een zwangerschap tot stand te brengen.

In al deze gevallen is sprake van een keuze om kinderen te krijgen en om invulling te geven aan een kinderwens. Er worden echter ook kinderen geboren, terwijl een van de ouders of beiden daarvoor niet of niet geheel bewust hebben gekozen. Afhankelijk van de omstandigheden aanvaarden een of beide ouders de verantwoordelijkheid voor het kind. In uitzonderingssituaties wordt afstand van het kind gedaan. Dan komt het kind uiteindelijk meestal terecht bij ouders die het kind door middel van adoptie bewust aanvaarden als een eigen kind.

Als een kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw, komt het juridisch ouderschap van de man en de vrouw automatisch tot stand. In de andere gevallen komt alleen het juridisch ouderschap van de geboortemoeder automatisch tot stand. Voor de totstandkoming van een familierechtelijke betrekking met een tweede ouder is erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie nodig of, in geval van twee met elkaar gehuwde of geregistreerde vrouwen, de overlegging van een onbekendheidsverklaring betreffende de spermadonor.

In vroeger tijden sloot het afstammingsrecht alleen aan op het huwelijk.⁴¹ Tegenwoordig is de primaire grondslag voor het ontstaan van het juridisch moederschap van de geboortemoeder de verantwoordelijkheid voor het ontstaan, het dragen en het baren van het kind. Voor het ontstaan van het juridisch moederschap van de geboortemoeder is niet vereist dat zij ook degene is van wie de eicel afkomstig is.⁴² Het feit dat de geboortemoeder in verreweg de meeste gevallen wel degene is van wie

41 Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van de grondslagen van het afstammingsrecht Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap.

42 Het bestaan van een genetische band is dus geen voorwaarde voor het ontstaan van juridisch ouderschap, maar kan wel grond zijn voor het tenietgaan ervan; zie hiervoor par. 11.2.4.

de eikel afkomstig is, maakt dat niet anders. De grondslag voor het ontstaan van het juridisch vaderschap is tegenwoordig nog steeds primair het huwelijk (of sinds 1 april 2014 ook het geregistreerd partnerschap) van de ouders en de daarmee (veronderstelde) gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het ontstaan van het kind. Secundair, ingeval de man niet met de geboortemoeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, is de grondslag voor het juridisch vaderschap de wens om de verantwoordelijkheid voor het kind op zich te nemen (erkenning) of de verantwoordelijkheid voor het kind, zoals die voortvloeit uit een verwekkingsdaad of uit de gebleken intentie op het ontstaan van het kind (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap). De grondslag voor het vestigen van het moederschap van een duomoeder is eveneens in de eerste plaats het huwelijk of geregistreerd partnerschap met de geboortemoeder, en anders de intentie van de duomoeder om het juridisch ouderschap op zich te nemen door erkenning of – op verzoek van de geboortemoeder of het kind – door gerechtelijke vaststelling van het moederschap van de duomoeder, nu zij als instemmende levensgezellin heeft te gelden. Voor de totstandkoming van het moederschap van de duomoeder is niet relevant of zij degene is van wie de eikel afkomstig is. Dat is wel relevant voor de mogelijkheid om het ouderschap van de duomoeder ongedaan te maken, waarover hieronder meer.

De grondslag voor het tenietgaan van juridisch moederschap is het ontbreken van een genetische band en/of het uit een andere vrouw geboren zijn.⁴³ Maar wie de intentie had om juridisch moeder te worden heeft daarmee de verantwoordelijkheid voor het kind op zich genomen en wordt hieraan in beginsel gehouden. De grondslag voor het tenietgaan van juridisch vaderschap is eveneens het ontbreken van genetisch ouderschap en ook hier geldt dat wie de intentie had om juridisch vader te worden daarmee de verantwoordelijkheid voor het kind op zich heeft genomen en hieraan wordt gehouden.

De huidige grondslagen van het juridische ouderschap zijn samengevat de volgende:

43

Het juridisch ouderschap van de geboortemoeder kan onder het huidige recht niet worden ontkend. Als tussen het kind en de juridische moeder een genetische band bestaat, is ontkenning of vernietiging van de erkenning evenmin mogelijk.

- het (rechts)feit dat de moeder het kind baart, leidt tot juridisch moederschap;
- het huwelijk of geregistreerd partnerschap en de daarmee (veronderstelde) intentie van de echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner van de geboortemoeder om juridisch ouder te worden – als de partner een vrouw is, dient tevens een onbekendheidsverklaring te worden overgelegd – leiden tot juridisch ouderschap;
- de intentie van de man of vrouw, zoals die blijkt uit de erkenning, leidt tot juridisch ouderschap;
- de verantwoordelijkheid voor het kind, zoals die voortvloeit uit de verwekkingsdaad, waarna de verwekker verantwoordelijk wordt gehouden door de moeder of het kind, leidt tot juridisch vaderschap, en
- de intentie van de man of vrouw, zoals die blijkt uit het feit dat hij of zij heeft ingestemd met een donorbefruchting van de moeder,⁴⁴ waarna deze man of vrouw verantwoordelijk wordt gehouden door de geboortemoeder of het kind, leidt tot juridisch ouderschap.

De Staatscommissie is van oordeel dat de bestaande grondslagen voldoen en in principe de benodigde ruimte bieden om het ouderschap juridisch vorm te geven in de verschillende leefvormen die in Nederland voorkomen. Wel acht de Staatscommissie een herijking noodzakelijk van het gewicht van de verschillende grondslagen ten opzichte van elkaar. Die weging valt evenwel moeilijk in het algemeen te bepalen. De Staatscommissie is van oordeel dat het samenvallen van een genetische band met de intentie tot ouderschap zwaar weegt, terwijl een genetische band met een kind op zich niet zwaarder hoeft te wegen dan de intentie om het ouderschap op zich te nemen. Bij de beschrijving van de afzonderlijke onderdelen wordt hierop teruggekomen. De Staatscommissie benadrukt dat de genetische band tussen de juridische ouder en het kind minder als overheersende veronderstelling geldt dan vaak wordt aangenomen. Dat blijkt ook uit de grondslagen voor het ouderschap, zoals hiervoor genoemd. Hiermee is niet gezegd dat de genetische band

voor ouders niet relevant zou zijn (zie par. 11.1.5.1). Het tegendeel lijkt het geval. Het is echter niet noodzakelijk dat de juridische ouderschapsrelatie ook mogelijk genetisch ouderschap reflecteert of dat een genetische band als noodzakelijke voorwaarde voor ouderschap heeft te gelden.

De Staatscommissie stelt voorop dat, gelet op wat ouders voor kinderen betekenen, kinderen er belang bij hebben dat zij ouders hebben die bewust de verantwoordelijkheid nemen om hen naar beste kunnen te verzorgen en op te voeden. Waar die verantwoordelijk niet vooraf bewust is genomen, dient de verantwoordelijkheid te worden gelegd bij degenen die verantwoordelijk zijn geweest voor het ontstaan van het kind, namelijk door een verwekkingsdaad of de instemming daarmee. Een genetische verwantschap tussen de ouders en het kind is daarvoor niet noodzakelijk. Zie evenwel voor het belang dat het kind heeft bij kennis over zijn ontstaansgeschiedenis en de identiteit van de persoon of personen met behulp van wiens of wier gameten hij is ontstaan: par. 11.1.5.2.

Voorts is de Staatscommissie van oordeel dat in de situatie waarin ouders bewust kiezen voor het ouderschap, de wetgeving zo behoort te zijn ingericht dat de ouders in beginsel de volledige verantwoordelijkheid die de ouderrol met zich brengt, op zich kunnen nemen.

11.2.2 ONTSTAAN JURIDISCH OUDERSCHAP BINNEN HUWELIJK/GEREGISTREERD PARTNERSCHAP

11.2.2.1 Intentie

Twee personen (een man en een vrouw of twee vrouwen⁴⁵) hebben elkaar bij gelegenheid van de voltrekking van hun huwelijk of geregistreerd partnerschap beloofd om getrouw alle plichten te vervullen die de wet aan het huwelijk of geregistreerd partnerschap verbindt.

Een van de verplichtingen die zij jegens elkaar hebben, is dat zij de tot het gezin behorende minderjarige kinderen dienen te verzorgen en op

45

In geval van twee mannen kan het kind niet *binnen* hun huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren. Op basis van de huidige stand van medische technieken is nog altijd nodig dat het kind wordt gedragen en gebaard door een vrouw, bijvoorbeeld een draagmoeder. Juridisch ouderschap van de twee mannen kan dan niet automatisch ontstaan; zie hiervoor de voorstellen omtrent draagmoederschap.

te voeden.⁴⁶ Omdat mensen die belofte hebben afgelegd, mag in zijn algemeenheid worden aangenomen dat, als er binnen hun relatie een kind wordt geboren, zij het nemen van die verantwoordelijkheid gestand willen doen. Dat rechtvaardigt het automatisch ontstaan van ouderschap van twee ouders die met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan.

De Staatscommissie meent dat het gezinsleven binnen het huwelijk en geregistreerd partnerschap in zoverre bescherming verdient, dat een eventuele derde die het kind heeft verwekt, geen aanspraak moet kunnen maken op het juridisch ouderschap. Anders gezegd en zoals wel in de literatuur is betoogd: de integriteit en de rust in het gezin vormen een beschermenswaardig belang.⁴⁷ Dat is tevens in overeenstemming met het uitgangspunt dat een kind er belang bij heeft dat het ouders heeft die bewust verantwoordelijkheid voor het kind nemen en die rol ook op zich moeten kunnen nemen. De huidige regeling voldoet daarmee naar het oordeel van de Staatscommissie.

11.2.2.2 Onbekendheidsverklaring voor juridisch ouderschap van rechtswege duomoeder

De huidige wettelijke onmogelijkheid om juridisch moederschap van de met de geboortemoeder gehuwde of geregistreerde duomoeder automatisch te laten ontstaan als gebruik is gemaakt van genetisch materiaal van een *bekende* donor van wie de gegevens zijn geregistreerd bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting, leidt tot een ongelijkheid voor het kind. Dit kind krijgt immers niet – zoals wél het kind dat is

46 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de rechten en plichten van echtgenoten en geregistreerde partners: Van Mourik & Nuytinck 2015, par. 8.2 tot en met 8.5. Zeer kort gezegd zijn echtgenoten en geregistreerde partners elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd (artikel 1:81 BW); zij zijn jegens elkaar verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen (artikel 1:82 BW); zij verschaffen elkaar desgevraagd inlichtingen over het door hen gevoerde bestuur alsmede over de stand van hun goederen en schulden (artikel 1:83 BW); de wet regelt hoe echtgenoten en geregistreerde partners samen de kosten van de huishouding dragen, behalve wanneer zij hierover schriftelijk andersluidende afspraken maken, alsmede de aansprakelijkheid voor de zogenaamde 'gewone gang'-schulden (artikelen 1:84 en 85 BW); de wet bevat voorts een regeling over vergoedingsrechten die ontstaan als de echtgenoten of geregistreerde partners in elkaars goederen investeren of schulden voor elkaar voldoen (artikel 1:87 BW); voor bepaalde handelingen, zoals bijvoorbeeld de verkoop van de echtelijke woning, hebben echtgenoten en geregistreerde partners elkaars toestemming nodig, ongeacht het antwoord op de vraag wiens eigendom de woning is (artikelen 1:88 en 89 BW), en de wet bevat een regeling over wie het bestuur heeft over de goederen die de echtgenoten en geregistreerde partners, al dan niet in gezamenlijke gerechtigdheid, hebben (artikelen 1: 90-92 BW).

47 Asser/De Boer 2010/702.

ontstaan met gebruikmaking van genetisch materiaal van een *onbekende* donor⁴⁸ – bij de geboorte automatisch twee juridische moeders.

Hoewel voor twee moeders vaststaat dat er een derde in het spel is geweest, geldt dit ook voor de situatie binnen relaties van ongelijk geslacht, waarin gebruik is gemaakt van donorzaad. In die situatie wordt geen bewijs van onbekendheid van de donor verlangd voor het van rechtswege ontstaan van ouderschap. De onbekendheidsverklaring vormt daarmee een obstakel voor het op gelijke wijze ontstaan van juridisch ouderschap over deze kinderen.

De Staatscommissie adviseert het vereiste om bij de geboorteaangifte een onbekendheidsverklaring over te leggen te schrappen. Dit betekent dat, als een kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen, het kind automatisch beide vrouwen als juridische moeder heeft, op dezelfde manier als wanneer het kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw.⁴⁹ Kinderen kunnen hierdoor automatisch in familierechtelijke betrekking komen te staan tot beide moeders, ongeacht of sprake is van een bekende dan wel onbekende donor. De bestaande ongelijkheid tussen kinderen die worden geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen, en kinderen die worden geboren uit het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw, wordt daarmee weggenomen.

De Staatscommissie is zich er evenwel van bewust dat de mogelijkheid van adoptie door de duomoeder soms betere erkenningskansen biedt in het buitenland. Zij merkt op dat de volkenrechtelijke soevereiniteit van landen met zich brengt dat elk land uiteindelijk en binnen de grenzen van internationale verdragen waaraan dat land in voorkomende gevallen is gebonden, zelf bepaalt welke in het buitenland tot stand gekomen rechtstoestand het wél accepteert en welke niet. De Nederlandse wetgever kan niet bewerkstelligen dat elke in Nederland tot stand gekomen rechtstoestand in elk buitenland wordt geaccepteerd. De Staatscommissie verwacht dat de ‘verklaring voor recht’-procedure volgens artikel 3:302 BW niet altijd afdoende zal zijn voor erkenning in het buitenland. In

48

Mits bij de geboorteaangifte een onbekendheidsverklaring wordt overgelegd.

49

Het Nederlandse wettelijke systeem zou daarmee aansluiten op het Belgische, waarin het ouderschap van twee moeders eveneens automatisch ontstaat als het kind wordt geboren binnen het huwelijk van twee vrouwen.

een dergelijke procedure toetst de rechter immers niet aan het belang van het kind, maar stelt simpelweg vast dat de geboorteakte is opge- maakt volgens de regels van de Nederlandse wet. De Staatscommissie acht het in het belang van het kind en een verantwoordelijkheid van de wetgever om ervoor zorg te dragen dat de erkenningskansen in het buitenland van een in Nederland ontstane rechtstoestand zoveel mogelijk worden bevorderd. Gelet daarop moeten twee met elkaar gehuwde of geregistreerde vrouwen er dan ook voor kunnen kiezen om in plaats van het automatisch laten ontstaan van het juridisch ouderschap van de duomoeder de adoptieweg te volgen. De Staatscommissie adviseert daarom het mogelijk te maken dat ook vrouwen die van rechtswege beiden de ouder van een kind zullen worden, vóór de geboorte een adoptieverzoek kunnen indienen. De rechter kan dan na de geboorte de adoptie uitspreken, ondanks het feit dat het ouderschap van beide vrouwen reeds van rechtswege is ontstaan als gevolg van het feit dat het kind binnen hun huwelijk of geregistreerd partnerschap is geboren. De adoptie dient terugwerkende kracht te hebben tot het tijdstip van de geboorte, evenals in de huidige regelgeving het geval is in de situatie waarin het adoptieverzoek vóór de geboorte wordt ingediend (artikel 1:230 lid 2 BW). De adoptie wordt ten behoeve van de vergroting van de erkenningskansen van het duomoederschap in het buitenland als het ware over het van rechtswege ontstaan ouderschap van de duomoeder heen gelegd. Het kind heeft daarmee in Nederland direct vanaf het tijdstip van de geboorte een veilige en stabiele juridische status, terwijl de kans dat de familierechtelijke betrekkingen met beide moeders ook in het buitenland zullen worden erkend door de na de geboorte door de rechter uitgesproken adoptie, wordt vergroot. Het belang van het kind op een zo groot mogelijke erkenningskans van de familierechtelijke betrekking met beide moeders dient zwaarder te wegen dan het gegeven dat een familierechtelijke betrekking die reeds bestaat, vanuit het systeem bezien niet meer zou kunnen worden gevestigd. De Staatscommissie verwijst in dit verband ook naar de mogelijkheden die in 2006 en 2007 in de rechtspraak zijn gecreëerd om het vaderschap van de man die het kind reeds had erkend, alsnog gerechtelijk vast te stellen, omdat het belang van het kind bij het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit

dat vergde.⁵⁰ Het adoptieverzoek moet wel vóór de geboorte worden ingediend om te kunnen aansluiten bij de huidige regeling betreffende het adoptieverzoek van een binnen de relatie van de geboortemoeder en de duomoeder geboren kind. Als het verzoek tot adoptie pas na de geboorte wordt ingediend, kan de adoptie ook pas na de geboorte ingaan en hooguit terugwerken tot het tijdstip waarop het verzoek is ingediend. Er ontstaat dan een verschil in ingangsdatum van het ontstaan van het ouderschap van rechtswege en het ouderschap via adoptie.

De Staatscommissie heeft zich gerealiseerd dat het automatisch doen ontstaan van juridisch ouderschap voor beide met elkaar gehuwde of geregistreerde moeders een einde maakt aan de mogelijkheid dat de donor het kind zou kunnen erkennen. Deze situatie wijkt echter niet af van die waarin een kind wordt geboren uit het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw, waarbij eveneens gebruik is gemaakt van gedoneerde gameten. De huidige wettelijke regeling beschermt de feitelijke gezinssituatie waarin het kind wordt geboren. Dit betekent dat, als de instemmende levensgezel juridisch ouder van het kind wordt, de donor het niet kan erkennen. In geval van geboorte binnen de relatie van twee vrouwen biedt de huidige regelgeving bovendien al de mogelijkheid dat de duomoeder het kind vóór de geboorte erkent. Ook dan is voor een latere erkenning door de donor geen plaats, omdat het kind al twee ouders heeft. In de eveneens voorkomende situatie waarin de twee vrouwen en de donor het erover eens zijn dat zij alle drie de ouderrol op zich willen nemen, is dat onder het huidige recht niet mogelijk. De Staatscommissie verwijst voor haar voorstellen hierover naar par. 11.2.5.

50

Tussen 1 april 2004 en 1 maart 2009 gold in verband met het tegengaan van schijnerkenningen een wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap, waardoor aan de erkenning door een Nederlandse man niet langer het gevolg was verbonden dat het kind de Nederlandse nationaliteit verkreeg. Vervolgens is de Rijkswet opnieuw gewijzigd en is aan de erkenning van een kind beneden de leeftijd van zeven jaar weer nationaliteitsgevolg verbonden. Enkele hoven stelden destijds met het oog op het belang voor het kind om de Nederlandse nationaliteit te verkrijgen het vaderschap gerechtelijk vast van een man die het kind reeds had erkend. Zie onder meer Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ1476, Hof Arnhem 8 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA4885 en Hof Den Haag 28 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA3502. Zie voorts Hof Arnhem 9 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX7318, waarin het hof het vaderschap van de man die het kind reeds had erkend, gerechtelijk vaststelde, omdat het kind daarbij een erfrechtelijk belang had.

Aanbevelingen:

20. Schrappen van het vereiste dat in geval van geboorte binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen een onbekendheidsverklaring wordt overgelegd om het ouderschap van de duomoeder van rechtswege te laten ontstaan.
21. Mogelijk maken dat alsnog een adoptie kan worden uitgesproken als het ouderschap van de duomoeder reeds van rechtswege is ontstaan, mits het adoptieverzoek vóór de geboorte is ingediend.

11.2.3 GEBOORTE BUITEN HUWELIJK/GEREGISTREERD PARTNERSCHAP**11.2.3.1 Erkenning - uitgangspunten algemeen**

Als een kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren, kan niet zonder meer worden aangenomen dat beide ouders een bewuste keuze hebben gemaakt of maken voor het nemen van verantwoordelijkheid voor een uit hun relatie geboren kind. Het feit dat de geboortemoeder het kind draagt en geboren laat worden, rechtvaardigt naar het oordeel van de Staatscommissie dat zij automatisch als juridische ouder van het kind wordt aangemerkt.

Hoewel de genetische band tussen de geboortemoeder en het kind niet altijd vaststaat, volgt uit het geboren laten worden een verantwoordelijkheid voor het kind. Dit kan anders zijn als sprake is van draagmoederschap. Zie voor de visie van de Staatscommissie op draagmoederschap verder par. 11.4.

Het kind kan onder het huidige recht een tweede juridische ouder verkrijgen als het wordt erkend, als het ouderschap gerechtelijk wordt vastgesteld of door adoptie. De verwekker kan het kind erkennen, maar ook iemand anders, bijvoorbeeld de (nieuwe) levensgezel van de geboortemoeder. Voorwaarde is dat de geboortemoeder schriftelijk toestemming geeft voor de erkenning van een kind beneden de leeftijd van zestien jaar. Is het kind tussen de twaalf en zestien jaar oud, dan moet het kind zelf ook toestemming geven. Wordt de toestemming niet verkregen, dan heeft de verwekker de mogelijkheid om vervangende toestemming aan de rechter te vragen. Ook de persoon die als levensgezel van de geboortemoeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind

tot gevolg kan hebben gehad, kan de rechter vervangende toestemming tot erkenning vragen.

11.2.3.2 Terminologie ‘erkenning’

In tegenstelling tot wat de term erkenning kan doen vermoeden, wordt er niet mee bedoeld dat de erkenner erkent dat het kind met behulp van zijn sperma is verwekt, maar wordt ermee bedoeld dat de erkenner de verantwoordelijkheid voor het ouderschap op zich neemt. De term erkenning wekt in die zin verwarring en is aanleiding voor een terugkerende discussie over de vraag of de erkenning een zogenoemde ‘waarheids-handeling’ zou zijn en of het kind uit het juridisch ouderschap altijd de genetische afstamming zou moeten kunnen afleiden. Om deze verwarring te voorkomen, adviseert de Staatscommissie de huidige term ‘erkenning’ te vervangen door ‘aanvaarding van het ouderschap’.⁵¹ De term beantwoordt naar het oordeel van de Staatscommissie beter aan het karakter van de rechtsfiguur, zijnde een rechtshandeling en niet een waarheids-handeling. Het schrappen van de term ‘erkenning’ past ook beter bij de door de Staatscommissie beoogde nuancering van de betekenis van de genetische band. De Staatscommissie is zich ervan bewust dat de term erkenning nationaal en internationaal is ingeburgerd. Zij acht evenwel het belang van het gebruik van een term die beter aansluit bij het karakter van de rechtsfiguur, groter dan het belang van het gebruiksgemak van een term die weliswaar alom bekendheid geniet, maar een vlag is die de lading niet noodzakelijkerwijs dekt. Overigens zou in internationaal verband de term ‘recognition’ gebruikt kunnen blijven worden. Het feit dat in de meeste gevallen de erkenner en de verwekker dezelfde persoon zijn, maakt dit niet anders, omdat mogelijk verwarring over wat nu precies wordt bedoeld vaak juist zal ontstaan in situaties die van de grootste gemene deler afwijken.

51 De term aanvaarding van het vaderschap werd geïntroduceerd door de Commissie Wiarda (zie Commissie Wiarda 1971, p. 82 e.v.) en werd overgenomen in het voorontwerp Herziening van het afstammingsrecht, dat op 16 november 1981 door Minister van Justitie De Ruiter openbaar werd gemaakt, en in het op 4 juli 1988 ingediende wetsvoorstel Herziening van het afstammingsrecht (*Kamerstukken II* 1987/88, 20626, 1-3). Zie over het voorontwerp Jansen 1982, p. 46 en over het voorontwerp en het wetsvoorstel Holtrust 1993, p. 273 e.v. Het wetsvoorstel is op 19 oktober 1993 ingetrokken (*Kamerstukken II* 1993/94, 20626, 9). In het nieuwe wetsvoorstel Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, dat op 20 maart 1996 werd ingediend (*Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 1-3) en dat leidde tot de Wet van 24 december 1997 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie (*Stb.* 1997, 772), werd weer teruggevallen op de terminologie van ‘erkenning (van het vaderschap)’ en kwam de term ‘aanvaarding van het ouderschap’ niet meer voor; zie hierover een enkele opmerking in *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 6, p. 15-16).

Aanbeveling:

22. De term ‘erkenning’ (van het ouderschap) vervangen door ‘aanvaarding van het ouderschap’.

11.2.3.3 Van rechtswege juridisch ouderschap buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap

De Staatscommissie acht het in het belang van kinderen dat zij vanaf de geboorte in familierechtelijke betrekking staan tot de ouders die hen gaan verzorgen. In verband hiermee acht zij het wenselijk dat wordt gewaarborgd dat dit voor zoveel mogelijk kinderen geldt. Meer dan de helft van de eerstgeborenen wordt buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren. In verband hiermee is een vroegtijdige voorlichting aan alle betrokkenen van groot belang. Die voorlichting zou niet alleen via de ambtenaar van de burgerlijke stand moeten plaatsvinden, maar ook via vroegtijdige informatieverstrekking door verloskundigen en eventueel betrokken medici.

Het zou ook denkbaar zijn om het stelsel van het automatisch ontstaan van juridisch ouderschap, zoals dit geldt bij binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen, uit te breiden naar andere situaties.

De Staatscommissie heeft overwogen om juridisch ouderschap van de persoon met wie de geboortemoeder op hetzelfde adres in de basisregistratie personen (BRP) staat ingeschreven, automatisch te laten ontstaan. Een dergelijk systeem zou aansluiten bij de meest voorkomende situatie waarin kinderen buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren: de geboortemoeder en de verwekker van het kind hebben een affectieve relatie en wonen samen. Een praktisch nadeel van een dergelijke regeling is echter dat niet alle ongehuwde en ongeregistreerde aanstaande ouders voldoen aan die meest voorkomende situatie. Meerdere mensen kunnen op eenzelfde adres wonen en staan ingeschreven, maar dit betekent niet dat de ‘voordeurdelers’ ook degene is die als juridisch ouder van een kind moet worden aangemerkt. Ook komt voor dat twee mensen samen een kind krijgen, maar niet samenwonen of vanwege praktische redenen niet op hetzelfde adres staan ingeschreven. Het gemak van het automatisch ontstaan van juridisch ouderschap van de tweede ouder die voor een bepaalde groep zou gelden, zou voor

andere groepen weer nieuwe praktische problemen oproepen. De Staatscommissie is dan ook geen voorstander van een dergelijke regeling.

De Staatscommissie heeft voorts overwogen om het juridisch ouderschap van de tweede ouder automatisch te laten ontstaan voor degene die de geboorte van het kind komt aangeven. In de praktijk is dat veelal de verwekker van het kind. Maar de aangifte van een kind kan om diverse redenen ook door anderen worden gedaan en dan komt het juridisch ouderschap van de tweede ouder toch weer niet automatisch tot stand. Omdat zich zo vele verschillende situaties kunnen voordoen, vindt de Staatscommissie het belangrijk dat de wettelijke regeling voor de burger zo duidelijk mogelijk is en niet kan leiden tot het onbedoeld ontstaan van juridisch ouderschap van min of meer willekeurige derden. Om die reden ziet zij ervan af om te adviseren het juridisch ouderschap van de tweede ouder van buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen automatisch te laten ontstaan. Naar het oordeel van de Staatscommissie voldoet de huidige regeling van erkenning (nieuwe terminologie: aanvaarding van het ouderschap) vóór en na de geboorte in de praktijk. Voor verreweg de meeste aanstaande ouders is immers helder dat zij, als zij niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, zich tot de ambtenaar van de burgerlijke stand of – veel minder vaak voorkomend – de notaris moeten wenden om het ontstaan van het juridisch ouderschap van de partner te regelen. Daarmee wordt een laagdrempelige regeling geboden voor een grote groep personen. Wel adviseert de Staatscommissie om te stimuleren dat daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van prenatale aanvaarding van het ouderschap door aanstaande ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben, onder meer door middel van adequate voorlichting tijdens de zwangerschap.

De Staatscommissie heeft ten slotte overwogen om de mogelijkheid te introduceren van het door de (aanstaande) ouders van een kind dat buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap is of zal worden geboren laten afleggen van een ouderschapsverklaring. Deze verklaring zou dan voor de geboorte kunnen worden afgelegd, op het tijdstip van de geboorteaangifte, of binnen uiterlijk drie maanden na de geboorteaangifte. Zowel de geboortemoeder als de andere ouder zouden na het afleggen van zo'n verklaring automatisch de juridische ouder worden (en gezag hebben) vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind. Bij kinderen

van samenwonende ouders zou dan tevens kunnen worden overwogen om, indien zij bij de geboorteaangifte nog niet een dergelijke verklaring hebben afgelegd, de ambtenaar van de burgerlijke stand te verplichten beide personen een herinnering te sturen met daarbij een in te vullen ouderschapsverklaring. Hiermee zou kunnen worden bevorderd dat zo veel mogelijk kinderen vanaf de geboorte twee ouders en twee gezagsdragers hebben, waarmee zij zo veel mogelijk in een gelijke situatie komen als kinderen die binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren. Heeft het opstellen van een dergelijke verklaring niet plaatsgevonden voor het verstrijken van de termijn van drie maanden na de geboorte, dan zou het ontstaan van het juridisch ouderschap van de tweede ouder en het gezamenlijke gezag van de geboortemoeder en de tweede ouder slechts mogelijk zijn door gerechtelijke vaststelling van het ouderschap door de rechter. De verplichte gang naar de rechter zou wenselijk kunnen zijn, omdat het toevoegen van een tweede juridische ouder na de geboorte voor een kind een ingrijpende beslissing is die belastend voor hem kan zijn, met name als de aanvaarding van het ouderschap door een tweede ouder een persoon betreft die het kind zelf niet als een ouder ervaart. Tevens zou op deze manier worden bewerkstelligd dat naast de geboortemoeder nog een derde het belang van het kind weegt bij, wat na de geboorte kan worden gezien als een *wijziging* van de reeds bestaande afstamming. De rechter zou daarbij ook kunnen waarborgen dat de ontstaansgeschiedenis van het kind wordt opgenomen in het ROG.

De Staatscommissie heeft echter afgezien van het voorstellen van een dergelijke ouderschapsverklaring en de verplichte gang naar de rechter voor de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de tweede juridische ouder en het regelen van gezamenlijk gezag nadat de termijn van drie maanden na de geboorteaangifte is verstreken. Er is naar haar oordeel onvoldoende grond voor het maken van een onderscheid tussen de aanvaarding van het ouderschap en gezag vóór de geboorte en na de geboorte. Hoewel met het verstrijken van de tijd de kans toeneemt dat een mogelijke genetische ouder buiten spel komt te staan doordat een nieuwe partner van de geboortemoeder mogelijk het ouderschap op zich neemt, vormt dit voor de Staatscommissie onvoldoende aanleiding om extra drempels op te werpen voor het ontstaan van ouderschap na de

geboorte.⁵² Dergelijke drempels kunnen immers tot gevolg hebben dat een groep kinderen geen tweede juridische ouder zal verkrijgen, omdat men een procedure te veel moeite vindt of te belastend vindt voor het kind. De verhouding tussen diegenen die door zo'n maatregel geholpen zouden zijn en diegenen die daardoor juist een ouder minder zouden hebben, terwijl er wel een persoon beschikbaar is die het ouderschap op zich wil nemen, is onmogelijk vooraf vast te stellen. Indien conflicten ontbreken, ligt een verplichte gang naar de rechter niet voor de hand. Dan moet een weging van het belang van het kind in de eerste plaats worden overgelaten aan de ouder van het kind, aldus de Staatscommissie. Het opwerpen van extra drempels kan er ook toe leiden dat er meer dan nu het geval is verschillen ontstaan tussen kinderen binnen een gezin, bijvoorbeeld als men bij het eerste kind een en ander nog niet heeft geregeld, maar het voor een tweede kind wel nog voor de geboorte regelt, dan wel inmiddels in het huwelijk is getreden of een geregistreerd partnerschap is aangegaan. De Staatscommissie heeft zich gerealiseerd dat als een derde het ouderschap over het kind aanvaardt, de kans bestaat dat het kind ten onrechte in de veronderstelling zal kunnen komen te verkeren dat deze persoon ook zijn genetische ouder is, als de ouders nalaten het kind te informeren over het feit dat het is verwekt door een andere persoon. Dat het juridisch ouderschap niet overeenkomt met het genetisch ouderschap kan zich zowel voordoen in geval een kind binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren – bijvoorbeeld in geval van overspel of na kunstmatige inseminatie met donorsperma – als wanneer het kind buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap wordt geboren en een derde persoon, niet zijnde de verwekker of donor het ouderschap over het kind vóór of na de geboorte aanvaardt. Hoe zeer de Staatscommissie het ook van belang vindt dat een kind informatie krijgt over zijn ontstaansgeschiedenis, bij voorkeur van zijn met gezag belaste ouders en zo vroeg mogelijk, stelt zij vast dat niet altijd te bereiken zal zijn dat ouders hiertoe daadwerkelijk overgaan. Om de rechter een taak te geven om afstammingsinformatie in een beschikking op te nemen teneinde te waarborgen dat het buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kind dat pas enige tijd na de geboorte een tweede ouder verkrijgt, terwijl zulks onmogelijk is voor kinderen die binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap worden geboren of ten aanzien van wie het

52

Wel ziet de Staatscommissie aanleiding om kinderen al op een jongere leeftijd een stem te geven bij de aanvaarding van het ouderschap, zie hierna par. 11.2.3.4. Door de verlaging van de leeftijd voor toestemming wordt de mogelijkheid dat het ouderschap tegen de wil van een kind wordt aanvaard, beperkt.

ouderschap vóór of binnen drie maanden na de geboorteaangifte is aanvaard, acht de Staatscommissie disproportioneel.

Een actieve informerende rol van onder meer de ambtenaar van de burgerlijke stand acht de Staatscommissie positief. Indien de geboortemoeder samenwoont en er ondanks die actieve informatieverstrekking niet toe overgaat om het gezamenlijk ouderschap te regelen, zou het volgens de Staatscommissie evenwel te ver gaan om de ambtenaar van de burgerlijke stand te verplichten de geboortemoeder en de met haar samenwonende persoon na de geboorte van het kind actief te benaderen om hen te herinneren aan het afleggen van de ouderschapsverklaring. Hieruit zou immers de presumptie blijken dat degene met wie de moeder samenwoont, ook de ouder van het kind zou zijn. Zoals eerder gesteld is die presumptie te onzeker, waardoor een dergelijke actieve aanschrijving van huisgenoten van de geboortemoeder te ver zou ingrijpen in haar persoonlijke levenssfeer.

Voor een uitgebreidere beschrijving van de door de Staatscommissie overwogen gedachte omtrent het afleggen van een ouderschapsverklaring en de mogelijke rol van de rechter wordt verwezen naar Bijlage IX.

Aanbeveling:

23. Meer dan de helft van de eerstgeborenen wordt buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren. De overheid dient te bevorderen dat de betrokkenen in die gevallen vroegtijdige voorlichting ontvangen over de regels omtrent het ontstaan van ouderschap en gezag. Die voorlichting moet niet alleen via de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar ook via verloskundigen en eventueel betrokken medici plaatsvinden.

11.2.3.4 Leeftijdsgrenzen bij aanvaarding van het ouderschap (thans erkenning)

Op grond van de huidige regeling is voor de erkenning van een kind van twaalf jaar of ouder de toestemming van het desbetreffende kind nodig. De Staatscommissie is van mening dat het toevoegen van een juridische ouder na de geboorte voor een kind een ingrijpende beslissing is en dit belastend kan zijn voor het kind, met name als de aanvaarding van het ouderschap geschiedt door een persoon die het kind zelf niet als een ouder ervaart. De Staatscommissie meent dat ook het kind dat jonger is dan twaalf jaar, zoveel mogelijk zou moeten worden betrokken

bij de aanvaarding van het ouderschap over hem. Bovendien kunnen de moeder en de persoon die het ouderschap over het kind wil aanvaarden, naamskeuze doen voor de geslachtsnaam van de persoon die het ouderschap aanvaardt, waardoor de naam die het kind had, kan wijzigen. Van de ouders mag worden verwacht dat zij dit aspect met het kind bespreken en terdege rekening houden met diens wensen op dit punt. Het is immers zowel denkbaar dat een kind graag de naam wil dragen van de persoon die het ouderschap over hem aanvaardt, als dat het kind juist graag de naam die het heeft, wil behouden. De Staatscommissie meent dat in zijn algemeenheid een kind vanaf de leeftijd van acht jaar in staat moet worden geacht te begrijpen wat het betekent als de persoon die het kind al of niet als zijn papa of mama ervaart, ook officieel zijn papa of mama wordt. Het kind moet er zich van bewust zijn hoe het heet en hoe het eventueel zal gaan heten als de aanvaarding van het ouderschap met eventuele naamskeuze een feit is. De Staatscommissie is daarom van oordeel dat de leeftijdsgrens voor het geven van toestemming voor aanvaarding van het ouderschap voor het kind zou moeten worden verlaagd tot acht jaar.

Degene die het kind wil erkennen, dient op grond van de huidige regeling ten minste zestien jaar oud te zijn (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder b BW). Voor het geven van toestemming voor de erkenning door de geboortemoeder gold en geldt echter geen minimumleeftijd. De Staatscommissie is van oordeel dat het met de aanvaarding van het ouderschap nemen van de verantwoordelijkheid voor het samen juridisch ouder van een kind zijn een volwassenen aangelegenheid is. De aanvaarding van het ouderschap is een rechtshandeling met verstrekkende consequenties. Het is van belang voor zowel de minderjarige geboortemoeder en de verwekker als het kind over wie het ouderschap wordt aanvaard, dat beide ouders zich goed bewust zijn van de verantwoordelijkheid die het juridisch ouder zijn met zich brengt. De Staatscommissie adviseert om de wetgeving zo in te richten dat aanvaarding van het ouderschap en het geven van toestemming daartoe door de geboortemoeder alleen mogelijk zijn voor meerderjarigen. Wil een minderjarige jongen van ten minste zestien jaar het ouderschap aanvaarden en de zorg voor het kind op zich nemen, dan dient ook hij, evenals de ten minste zestienjarige moeder, de mogelijkheid te hebben om zich door de rechter meerderjarig te laten verklaren. De rechter beoordeelt of hij de meerderjarigverklaring in het belang van de moeder, de andere ouder en het kind wenselijk vindt.

Aanbevelingen:

24. De leeftijdsgrens voor de erkenning van een kind (in de nieuwe terminologie: aanvaarding van het ouderschap) wordt opgetrokken tot de meerderjarigheid van de persoon die het ouderschap wil aanvaarden.
25. De mogelijkheid van meerderjarigverklaring voor de zwangere meisjes of moeders van ten minste zestien jaar ook openstellen voor (aanstaande) vaders.
26. In de wet bepalen dat de geboortemoeder pas nadat zij de meerderjarigheid heeft bereikt, toestemming kan geven voor aanvaarding van het ouderschap over haar kind. Zolang de geboortemoeder nog niet meerderjarig is, kan aanvaarding van het ouderschap alleen met behulp van door de rechter verleende vervangende toestemming worden geregeld.
27. De leeftijd van het kind dat zelf toestemming moet geven voor aanvaarding van het ouderschap, verlagen van twaalf naar acht jaar.

11.2.3.5 Vervangende toestemming voor aanvaarding van het ouderschap

De Staatscommissie stelt vast dat het voordelen kan hebben voor een kind om een tweede juridische ouder te hebben. Er kunnen, afhankelijk van de omstandigheden rond het ontstaan van het kind, meerdere mensen zijn die bereid zijn het ouderschap over het kind te aanvaarden, te weten de verwekker, de partner van de geboortemoeder, de sperma- of eiceldonor of eventueel een derde. Als meerdere gegadigden het kind willen erkennen, kan de geboortemoeder kiezen wie zij toestemming wil geven om de tweede juridische ouder van het kind te worden. Als de geboortemoeder geen toestemming wil geven aan de verwekker, de instemmende levensgezel of een genetische ouder, kan de rechter worden verzocht om vervangende toestemming. Of en aan wie de rechter deze vervangende toestemming geeft, zou afhankelijk moeten zijn van de omstandigheden van de verwekking en van de relatiegeschiedenis van de geboortemoeder en degene(n) die juridisch ouder wenst/wensen te worden. De Staatscommissie neemt daarbij als uitgangspunt dat de persoon die genetisch verwant is aan het kind én met de geboortemoeder de gezamenlijke intentie had op het ontstaan van het kind, eenvoudig een familierechtelijke betrekking met het kind moet kunnen vestigen. Bestaat er alleen een eerdere intentie tot ouderschap of is betrokkene alleen de verwekker van het kind, zonder dat sprake was van de intentie op diens ontstaan, dan moet in geval van verschil van mening een belangenaf-

weging worden gemaakt, waarbij uitdrukkelijk het belang van het kind wordt betrokken. Voor het bestaan van een genetische band met het kind zonder dat betrokkene het kind op natuurlijke wijze met de moeder heeft doen ontstaan en dus niet wordt aangemerkt als verwekker, gelden specifieke overwegingen, waarop zal worden ingegaan in par. 11.2.3.7.

A. Duurzame relatie geboortemoeder en verwekker

Ingeval de geboortemoeder en de verwekker ten tijde van de conceptie van het kind samenwoonden of anderszins een duurzame relatie met elkaar hadden, is het gerechtvaardigd ervan uit te gaan dat de geboortemoeder en de verwekker de intentie hadden een kind te doen ontstaan. Die intentie mag primair worden afgeleid uit het feit dat zij op dat moment samen een huishouding voerden, tenzij de geboortemoeder aannemelijk maakt dat van de intentie een kind te doen ontstaan geen sprake was. De Staatscommissie gaat er in die gevallen van uit dat er een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind en de verwekker bestaat.

De intentie op het willen verwekken van het kind kan, indien de geboortemoeder en de verwekker ten tijde van de conceptie van het kind niet samenwoonden, tevens worden afgeleid uit andere tegenover de rechter te stellen omstandigheden.

De Staatscommissie is van oordeel dat, ingeval de geboortemoeder en de verwekker ten tijde van de totstandkoming van de zwangerschap samenwoonden of als anderszins aannemelijk wordt gemaakt dat sprake was van een duurzame relatie, het belang van het kind met zich brengt dat door aanvaarding van het ouderschap een ouderschapsrelatie kan worden gevestigd met de verwekker die de intentie had het juridisch ouderschap op zich te nemen. De geboortemoeder moet voor aanvaarding van het ouderschap door de tweede ouder toestemming geven als het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt. Is het kind acht jaar of ouder, dan moet het ook zelf toestemming geven voor aanvaarding van het ouderschap door de tweede ouder.⁵³ Als de geboortemoeder of het kind geen toestemming wil geven voor aanvaarding van het ou-

Het betreft hier een harde leeftijdsgrens: onder het huidige recht moet het kind de twaalfjarige leeftijd hebben bereikt. De ambtenaar van de burgerlijke stand kan dit eenvoudig nagaan. Voor het hoorrecht en de informele rechtsingang gelden glijdende leeftijdsgrenzen: het kind vanaf twaalf jaar of jonger, indien het in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Of het kind daartoe in staat kan worden geacht, wordt door de rechter beoordeeld.

derschap, kan deze aspirant-juridische ouder vervangende toestemming vragen aan de rechter. De rechter beoordeelt een dergelijk verzoek aan de hand van het in de huidige regeling (artikel 1:204 lid 3 BW) vervatte criterium. Dit betekent dat het verzoek wordt toegewezen, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociale en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt. Er moet met andere woorden om het verzoek tot vervangende toestemming af te wijzen sprake zijn van ernstige contra-indicaties. Dit betekent dat de verwekker die een duurzame relatie met de geboortemoeder onderhield, een voorkeurspositie heeft om het juridisch ouderschap te verkrijgen. Naar het oordeel van de Staatscommissie voldoet de huidige wettelijke regeling voor deze situatie.

B. Duurzame relatie geboortemoeder met instemmende levensgezel

Als de zwangerschap tot stand is gekomen met behulp van kunstmatige inseminatie, is er geen verwekker.⁵⁴ Er is immers geen sprake geweest van het door de man en de vrouw op natuurlijk wijze laten ontstaan van de zwangerschap. Het juridisch ouderschap van de zogenoemde instemmende levensgezel zal tot stand kunnen komen door aanvaarding van het ouderschap.

De Staatscommissie onderschrijft het huidige wettelijke uitgangspunt dat een instemmende levensgezel verantwoordelijk wordt gehouden voor het ontstaan van de zwangerschap. Verondersteld mag worden dat de geboortemoeder en haar levensgezel samen het traject zijn ingegaan om een zwangerschap tot stand te brengen en beiden daarmee de bereidheid hebben getoond de ouderrol op zich te nemen. Ongeacht het antwoord op de vraag of de relatie inmiddels is verbroken, behoort de instemmende levensgezel de mogelijkheid te hebben om het ouderschap over het kind te aanvaarden. De instemmende levensgezel is in dit geval niet de genetische ouder van het kind. Dit brengt met zich dat mogelijk er een keuze moet worden gemaakt over wie voorrang krijgt voor aanvaarding van het ouderschap, de instemmende levensgezel of een andere persoon, zoals een nieuwe levensgezel van de geboortemoeder of de donor. De Staatscommissie is van oordeel dat in zijn algemeenheid niet kan worden aangegeven met wiens aanvaarding van het ouderschap

het belang van het kind het beste wordt gediend. De afweging van alle omstandigheden dient aan de rechter te worden overgelaten. De rechter zal bij die afweging de belangen van het kind voorop moeten stellen en deze dienen af te wegen tegen de belangen van de persoon of personen die de ouderrol op zich wil(len) nemen. Een voorkeurspositie is hierbij niet aan de orde. De Staatscommissie adviseert daarom om het huidige in de wet (artikel 1:204 lid 4 BW) opgenomen criterium dat de rechter een verzoek van de instemmende levensgezel tot vervangende toestemming voor aanvaarding van het ouderschap toewijst als hij oordeelt dat dit in het belang van het kind is, te handhaven.

C. Duurzame relatie geboortemoeder met instemmende levensgezel, tevens eicel- of spermadonor

Het komt soms voor dat de geboortemoeder zwanger wordt van een kind, waarbij de bevruchting in vitro⁵⁵ heeft plaatsgevonden met behulp van een eicel van haar vrouwelijke levensgezel en het sperma van een donor. De levensgezel heeft hierdoor niet alleen de positie van instemmende levensgezel, maar is tevens de genetische ouder van het kind. Hetzelfde geldt als de zwangerschap is ontstaan met behulp van kunstmatige inseminatie, al dan niet medisch geassisteerd, van het sperma van de mannelijke levensgezel van de geboortemoeder. Ook in deze twee situaties zal de levensgezel het ouderschap over het kind kunnen aanvaarden. Maar als de geboortemoeder besluit haar toestemming voor aanvaarding van het ouderschap te weigeren, acht de Staatscommissie het gerechtvaardigd dat ook deze levensgezel dezelfde positie heeft als de verwekker. Er is immers sprake geweest van een bewuste keuze van de levensgezel om de zwangerschap tot stand te brengen en de ouderrol op zich te nemen en daarnaast bestaat er een genetische band tussen de levensgezel en het kind. De Staatscommissie acht de positie van de levensgezel daarmee vergelijkbaar met die van de verwekker, die vanuit een duurzame relatie met de geboortemoeder het kind heeft verwekt en wordt verondersteld de bereidheid te hebben getoond om het juridisch ouderschap op zich te nemen. De Staatscommissie adviseert om de wetgeving zo in te richten dat de levensgezel met wie het kind een genetische band heeft, een voorkeurspositie heeft om het ouderschap te aanvaarden.

D. Verwekking zonder duurzame relatie met verwekker

In de situatie waarin de geboortemoeder en de verwekker ten tijde van de conceptie van het kind niet samenleefden of anderszins een duurzame relatie hadden, mag worden aangenomen dat er geen sprake was van een gezamenlijke intentie van de moeder en de verwekker om het juridisch ouderschap op zich te nemen. Daarmee bestaat ook niet automatisch een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind en de verwekker.

Als de geboortemoeder en de verwekker het er samen over eens zijn dat zij het juridisch ouderschap op zich willen nemen, kan de verwekker ook in deze situatie het ouderschap aanvaarden. Als de geboortemoeder daarvoor geen toestemming wil geven, kan de verwekker aan de rechter vervangende toestemming vragen. De rechter zal bij het beoordelen van een verzoek tot vervangende toestemming alle feiten en omstandigheden in ogenschouw dienen te nemen. Een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming zal hij alleen kunnen toewijzen als hij oordeelt dat aanvaarding van het ouderschap in het belang van het kind is. Dit betekent dat de verwekker in deze situatie niet langer, zoals onder de huidige wetgeving, een voorkeurspositie heeft.

E. Duovaders

Een kind wordt per definitie niet geboren *binnen* de relatie van twee mannen, omdat er altijd een geboortemoeder is uit wie het kind wordt geboren. De geboortemoeder is onder huidig recht altijd de juridische moeder van het kind ('mater semper certa est'). Er is vervolgens een rechterlijke procedure nodig om het moederschap van de geboortemoeder ongedaan te maken en/of te vervangen door een familierechtelijke betrekking met een van de aspirant-vaders. Als twee mannen in hun gezin een kind willen verzorgen en opvoeden en beiden juridisch ouder worden, kan dit niet zonder rechterlijke procedure. De Staatscommissie adviseert deze regeling te handhaven. Om het moederschap van een geboortemoeder ongedaan te maken, acht zij een rechterlijke toets een voorwaarde. Zie verder de voorstellen over draagmoederschap in par. 11.4.

Aanbeveling:

28. De criteria voor het verlenen van vervangende toestemming voor aanvaarding van het ouderschap deels aanpassen:
- de huidige voorkeurspositie handhaven voor de verwekker die het ouderschap wil aanvaarden en die een duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad;
 - als de instemmende levensgezel de genetische ouder is, heeft hij dezelfde voorkeurspositie als de verwekker;
 - het huidige criterium dat geldt voor de instemmende levensgezel, handhaven;
 - het huidige criterium dat geldt voor de verwekker die geen duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad, aanpassen: vervangende toestemming wordt alleen verleend als de rechter oordeelt dat aanvaarding van het ouderschap in het belang van het kind is.

11.2.3.6 Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de verwekker of instemmende levensgezel

Als het ouderschap van het buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind niet wordt aanvaard (en het kind evenmin is geadopteerd), heeft het slechts één juridische ouder, namelijk de geboortemoeder. Het kind zelf of de geboortemoeder kan de behoefte voelen om het ouderschap van de persoon die verantwoordelijk wordt gehouden voor de conceptie van het kind, gerechtelijk te laten vaststellen. Onder het huidige recht is gerechtelijke vaststelling van het ouderschap mogelijk van de verwekker of van de instemmende levensgezel van de geboortemoeder. De rechtsfiguur gerechtelijke vaststelling van het ouderschap is de tegenhanger van de regeling betreffende het verlenen van vervangende toestemming voor erkenning aan de verwekker van een kind of de instemmende levensgezel van de geboortemoeder.

De Staatscommissie is dan ook van oordeel dat de regeling betreffende de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap dient te zijn gestoeld op dezelfde uitgangspunten als de regeling betreffende de vervangen- de toestemming tot aanvaarding van het ouderschap (thans erkenning). Waar de verwekker ten tijde van de totstandkoming van de zwangerschap een duurzame relatie met de aanstaande geboortemoeder had en beiden ervoor kozen om een kind te willen krijgen, behoren zij beiden

aan de getoonde bereidheid te kunnen worden gehouden. Dit heeft tot gevolg dat, als de moeder of het kind een verzoek doet tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de verwekker van het kind, dit verzoek wordt toegewezen, tenzij de rechter oordeelt dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet in het belang van het kind is.⁵⁶

Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als duidelijk is dat de verwekker nimmer de intentie heeft gehad om een zwangerschap tot stand te brengen en het juridisch ouderschap over het kind op zich te nemen. Volhardt hij in deze houding en blijkt hij niet bereid zijn houding ten opzichte van het kind te herzien, dan kan de rechter tot het oordeel komen dat het kind van deze man in de hoedanigheid van ouder niets heeft te verwachten. In dat geval zal hij het verzoek tot gerechtelijke vaststelling kunnen afwijzen. De rechter zal in plaats van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kunnen bevelen dat de identiteit van de verwekker wordt aangetekend in het ROG (aan te leggen register betreffende de ontstaansgeschiedenis van het kind). Voor een meerderjarig kind dat gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van zijn verwekker wenst, is de beoordeling van de vraag of het kind van de verwekker in de hoedanigheid van ouder iets heeft te verwachten, niet langer relevant. De rechter zal dan, mits aan de andere voorwaarden voor gerechtelijke vaststelling van het ouderschap is voldaan, kunnen volstaan met de beoordeling van de vraag of de meerderjarige belang heeft bij de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap.

Onder de huidige regeling kan ook het ouderschap van de instemmende levensgezel gerechtelijk worden vastgesteld. In de praktijk betekent dit dat de aanstaande geboortemoeder en de levensgezel samen een vruchtbaarheidstraject zijn ingegaan, dat is uitgemond in kunstmatige inseminatie met donorsperma. Vervolgens blijkt dat de levensgezel niet in staat is het kind te erkennen – bijvoorbeeld omdat hij of zij is overleden – of weigert het kind te erkennen. Dit laatste zal zich vooral voordoen als de relatie met de geboortemoeder intussen is beëindigd. De Staatscommissie acht het in de rede liggen dat de juridische betrekkingen zoals men die voor ogen had, alsnog kunnen worden bereikt en het ouderschap aldus door de rechter moet kunnen worden vastgesteld. In overeenstemming met de hiervoor in par. 11.2.3.5 gedane voorstellen omtrent

vervangende toestemming voor aanvaarding van het ouderschap (thans erkenning) adviseert de Staatscommissie om de huidige regeling zodanig aan te passen, dat de rechter ook hier bij de beoordeling van een verzoek het belang van het kind in ogenschouw neemt. Als hij oordeelt dat het kind van de instemmende levensgezel in de hoedanigheid van ouder niets heeft te verwachten, zal hij het verzoek dienen af te wijzen.

De Staatscommissie benadrukt dat afwijzing van het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van een verwekker of instemmen-de levensgezel onverlet laat dat de verwekker jegens het door hem verwekte kind c.q. de instemmende levensgezel jegens het kind met wiens verwekking hij heeft ingestemd, onderhoudsplichtig is (artikel 1:394 BW). Zie hiervoor verder par. 11.5.

Aanbeveling:

29. Een belangenafweging invoeren voor gerechtelijke vaststelling van het ouderschap:
 - het ouderschap van de verwekker die met de geboortemoeder een duurzame relatie heeft of heeft gehad, kan gerechtelijk worden vastgesteld, tenzij de rechter de gerechtelijke vaststelling niet in het belang van het kind acht;
 - het ouderschap van de verwekker die geen duurzame relatie met de geboortemoeder heeft of heeft gehad, kan gerechtelijk worden vastgesteld, tenzij het kind van die persoon in de hoedanigheid van ouder niets heeft te verwachten;
 - het ouderschap van de instemmende levensgezel kan alleen gerechtelijk worden vastgesteld als de rechter verwacht dat het kind van die persoon in de hoedanigheid van ouder iets heeft te verwachten.

11.2.3.7 Positie gametendonor

De gametendonor heeft een bijzondere positie in en buiten het huidige afstammingsrecht. Enerzijds staat hij of zij willens en wetens gameten (een eikel of sperma) af om een zwangerschap tot stand te brengen en bestaat er, als de donatie tot de geboorte van een kind leidt, een genetische band tussen de donor en het kind. Anderzijds bestaat er doorgaans overeenstemming over dat de donor geen ouderrol op zich neemt of anderszins verantwoordelijkheid voor het kind zal dragen. Soms spreekt

(spreken) de aanstaande ouder(s) met de donor af dat deze een volledige ouderrol op zich zal nemen, of een rol op afstand. Afhankelijk van de situatie is dan thans erkenning of gerechtelijke vaststelling van het ouderschap mogelijk. De wet voorziet overigens alleen in gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van een verwekker of van een instemmende levensgezel, maar in de rechtspraak wordt de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, soms gelijkgesteld met de verwekker.⁵⁷ Als de donor het kind erkent of zijn ouderschap gerechtelijk wordt vastgesteld, is hij juridisch ouder van het kind en heeft daarmee een volledig gelijke positie als elke andere juridische ouder. Is het de bedoeling dat de donor een rol op afstand van het kind zal spelen, dan leidt dat vaak tot de afspraak dat de donor op gezette tijden contact met het kind heeft.⁵⁸ Ontstaat er onenigheid over de invulling van die ouderrol, dan kan de rechter worden gevraagd een omgangsregeling vast te stellen.

De Staatscommissie benadrukt het belang van het maken van goede afspraken tussen de wensouders en de donor. Bij voorkeur worden de afspraken schriftelijk vastgelegd. Ingeval er achteraf toch een verschil van mening ontstaat over de rol van de donor in het leven van het kind, zal de rechter aan de hand van de gegevens over de bedoeling van betrokkenen, alsmede aan de hand van eventuele bijkomende omstandigheden (rol van de donor tijdens de zwangerschap, contact met het kind dat reeds heeft plaatsgevonden, financiële bijdragen etc.) moeten bepalen welke rechten en plichten de donor heeft. De Staatscommissie is van oordeel dat het niet zo kan zijn dat een donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, alleen rechten geldend kan maken en geen plichten kan hebben. Het is aan betrokkenen om afspraken te maken over de diverse (juridische) rollen die zij in het leven van het kind zullen spelen. Die afspraken zijn in zoverre niet vrijblijvend dat, wanneer is overeengekomen dat de donor het juridisch ouderschap op zich zal nemen, het betrokkenen niet vrijstaat om hierop eenzijdig terug te komen. Dit kan er onder de huidige regeling reeds toe leiden dat de donor van wie de rechter vaststelt dat hij in een nauwe persoonlijke betrekking

57 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197 en Rb. Den Haag 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.

58 Zie ook HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*), waarin de spermadonor de rechter verzocht een omgangsregeling met het kind vast te stellen, waarop de rechter besliste dat de juridische moeders het kind het komende jaar dienden voor te lichten over zijn ontstaanswijze (afstammingsvoorlichting), opdat daarna de donor ten minste één keer per jaar een omgangsmoment met het kind zou kunnen hebben.

tot het kind staat, vervangende toestemming tot erkenning (aanvaarding van het ouderschap) krijgt. De Staatscommissie adviseert voorts om de wetgeving zo in te richten dat ook het ouderschap van de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, gerechtelijk kan worden vastgesteld.

Aanbeveling:

30. Mogelijk maken dat het ouderschap van een donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, gerechtelijk wordt vastgesteld.

11.2.4 TENIETGAAN JURIDISCH OUDERSCHAP (ANDERS DAN DOOR ADOPTIE)

Uitgangspunten

Juridisch ouderschap dat min of meer onbedoeld is ontstaan,⁵⁹ moet op verzoek kunnen tenietgaan. Dit betekent dat de naam van de desbetreffende ouder op de geboorteakte van het kind wordt doorgehaald door een zogenoemde latere vermelding. De huidige regelingen over ontkenning van het ouderschap en vernietiging van de erkenning sluiten uit dat het moederschap van de geboortemoeder kan worden doorgehaald. Ouders kunnen beiden slechts op beperkte gronden en binnen beperkte termijnen terugkomen op de veronderstelde intentie van de vader of duomoeder om het juridisch ouderschap op zich te nemen (zie uitgebreid Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap).

Kort gezegd kan juridisch ouderschap op verzoek van een ouder worden doorgehaald als de als tweede ouder op de geboorteakte vermelde persoon niet de genetische ouder is én deze niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het ontstaan van het kind. Het kind is bijvoorbeeld het resultaat van seksueel contact dat de geboortemoeder had met iemand anders dan haar echtgenoot/geregistreerde partner, of degene die het kind heeft erkend, verkeerde ten onrechte in de veronderstelling dat hij de vader was. Wie aldus is bedrogen, kan, mits hij tijdig een verzoek bij de rechter doet, zijn vermelding als juridische ouder op de geboorteakte laten doorhalen. De Staatscommissie ziet geen aanleiding

59 Gedoeld wordt bijvoorbeeld op overspel: de echtgenoot van de geboortemoeder wordt aangemerkt als juridische ouder van het kind dat door iemand anders is verwekt. Of een man heeft een kind erkend in de, achteraf onjuist blijken, veronderstelling dat het kind door hem is verwekt.

om de mogelijkheden voor het doorhalen van het juridisch ouderschap op verzoek van een ouder te wijzigen. Ook de termijn die ouders wordt geboden om hun juridisch ouderschap te laten doorhalen, moet naar het oordeel van de Staatscommissie ongewijzigd worden gelaten. In die situatie prevaleert het belang dat het kind heeft bij rechtszekerheid over zijn juridische status, boven het belang van ouders om zich alsnog van het juridisch ouderschap te kunnen ontdoen.

Als een kind zelf wil dat het ouderschap van zijn tweede juridische ouder wordt doorgehaald, zijn de vermeende intenties van zijn juridische ouders niet van belang. Of de niet-genetische ouder nu wél of niet verantwoordelijk wordt gehouden voor het ontstaan van de zwangerschap en de geboorte van het kind, maakt voor de mogelijkheid die het kind heeft om de juridische ouder, zoals die op zijn geboorteakte staat vermeld, te laten doorhalen, niet uit. Wel geldt ook voor het kind een beperkte termijn. De wet bepaalt dat het verzoek binnen drie jaar na het bereiken van de meerderjarigheid moet worden gedaan. Als het kind pas later ontdekt dat zijn juridische ouder niet zijn genetische ouder is, moet het verzoek worden gedaan binnen drie jaar nadat hij dit heeft ontdekt. Het is naar huidig recht niet mogelijk om een ouderschap dat door de rechter gerechtelijk is vastgesteld, te laten doorhalen.⁶⁰

De Staatscommissie acht in de eerste plaats de continuïteit van de opvoeding en opvoedingsrelatie van belang. Te laagdrempelige mogelijkheden om het ouderschap ongedaan te maken moeten worden voorkomen. De huidige regeling voldoet in beginsel naar het oordeel van de Staatscommissie. Wel adviseert zij om de termijn waarbinnen het kind het ouderschap van zijn niet-genetische ouder moet kunnen doorhalen, te schrappen. Mensen komen vaak pas op latere leeftijd achter hun ontstaansgeschiedenis en/of komen daarmee in het reine. Ook iemand die al gedurende langere tijd weet dat zijn juridische ouder niet zijn genetische ouder is, maar om hem moverende redenen niet is overgegaan tot een procedure die had kunnen leiden tot doorhaling van dat juridisch ouderschap, moet op het moment waarop hij daar wel aan toe is, het gewenste resultaat alsnog kunnen bewerkstelligen. De huidige termijnen dienen blijkens de wetsgeschiedenis om de rechtszekerheid zo min mo-

gelijk in het gedrang te laten komen. De Staatscommissie is van oordeel dat het belang dat een kind kan hebben bij het met elkaar in overeenstemming brengen van de juridische en genetische realiteit, zwaarder moet wegen dan de rechtszekerheid van ouders. Teneinde misbruik van de regeling te voorkomen, dient de rechter het belang van degene die de doorhaling wenst, te beoordelen. De Staatscommissie adviseert daarvoor aan te sluiten bij de regeling van herroeping van een adoptie.

In uitzonderlijke gevallen komt het voor dat een volwassen geworden kind de behoefte voelt om het juridisch ouderschap van zijn geboortemoeder en/of genetische ouder te beëindigen, omdat hij geen enkele emotionele band met de desbetreffende ouder (meer) voelt. Dit kan zich voordoen als het kind niet bij die ouder is opgegroeid als gevolg van bijvoorbeeld uithuisplaatsing na mishandeling of verwaarlozing. Ook in gevallen waarin de ene ouder de andere ouder om het leven heeft gebracht, kan een kind geen enkele band met de overlevende ouder meer voelen. De Staatscommissie adviseert mogelijk te maken dat volwassen geworden kinderen het ouderschap van hun juridische ouders door de rechter ongedaan kunnen laten maken, ook als het een genetische ouder of de geboortemoeder betreft. Niet in te zien valt immers waarom een persoon in juridische zin verwant moet blijven met een ouder met wie hij totaal geen band heeft, die hem mogelijk veel leed heeft aangedaan en met wie hij helemaal niets meer te maken wil hebben. De Staatscommissie adviseert om als voorwaarde voor de ongedaanmaking van het juridisch ouderschap te bepalen dat de rechter dient vast te stellen dat op het tijdstip van het verzoek vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind en de ouder(s) niets meer van elkaar in die hoedanigheid hebben te verwachten. Als de verzoeker eigen kinderen heeft, dient voor hen een bijzondere curator te worden benoemd. De rechter zal immers bij de beoordeling van het verzoek het belang van die kinderen moeten meewegen, omdat toewijzing van het verzoek tot gevolg heeft dat ook de familierechtelijke betrekkingen tussen die kinderen en de grootouder(s) en overige familie worden verbroken. In veel gevallen zal mogelijk geen sprake zijn van enig contact met de familie van de ouder van wie betrokkene doorhaling wenst, maar dat de familie voor betrokkene of zijn kinderen nog een rol speelt, of in de toekomst zal kunnen spelen, kan niet worden uitgesloten. De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten beoordelen of hij het verzoek tot ongedaanmaking wil toewijzen.

De Staatscommissie heeft vastgesteld dat gerechtelijke vaststelling van het ouderschap in de regel niet ongedaan kan worden gemaakt. Als op een later moment blijkt dat de verwekker bij nader inzien toch niet de genetische vader is, kan het kind de behoefte hebben om het aldus op zijn geboortakte vermelde juridische ouderschap te laten doorhalen. Hetzelfde geldt als het ouderschap van de instemmende levensgezel die niet de genetische ouder is, gerechtelijk is vastgesteld en op de geboortakte is vermeld. De Staatscommissie adviseert om de regeling van de herroeping van de adoptie van overeenkomstige toepassing te verklaren op door de rechter vastgesteld ouderschap van een niet-genetische ouder.

Teneinde de verschillende mogelijkheden tot tenietgaan van juridisch ouderschap op elkaar af te stemmen, adviseert de Staatscommissie om de wetgeving zodanig in te richten dat een algemene regeling voor het tenietgaan van juridisch ouderschap wordt gegeven. Hieronder zullen dan zowel het tenietgaan van ouderschap dat van rechtswege is ontstaan (de huidige ontkenning van het ouderschap), als de vernietiging van aanvaarding van het ouderschap (de huidige vernietiging van de erkenning), de herroeping van de adoptie als de doorhaling van door de rechter vastgesteld ouderschap vallen.

Aanbevelingen:

31. Een algemene regeling inrichten voor het tenietgaan van juridisch ouderschap, waarin ontkenning van het ouderschap, vernietiging van een erkenning (aanvaarding van het ouderschap), ongedaanmaking van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en herroeping van een adoptie op elkaar worden afgestemd.
32. De termijn voor ontkenning van het ouderschap, vernietiging van een erkenning (aanvaarding van het ouderschap) en herroeping van een adoptie op verzoek van het kind schrappen.
33. Voor elk verzoek tot tenietgaan van juridisch ouderschap een door de rechter te verrichten belangenafweging invoeren, aansluitend bij de huidige regeling die geldt voor herroeping van een adoptie.

34. Een wettelijke voorziening creëren om ook een verzoek van een meerderjarig kind tot tenietgaan van het juridisch ouderschap van een genetische ouder of geboortemoeder mogelijk te maken. In de situatie waarin het meerderjarige kind eigen afstammelingen heeft, dient voor hen een bijzondere curator te worden benoemd. De rechter weegt bij de beoordeling van het verzoek de belangen van alle betrokkenen tegen elkaar af.

11.2.5 JURIDISCH MEEROUDERSCHAP

Algemeen

In Nederland kan een kind op grond van de huidige wetgeving maximaal twee juridische ouders hebben. In de praktijk worden kinderen in zeer diverse soorten leefvormen verzorgd en opgevoed. Het komt ook voor dat meer dan twee mensen met elkaar een kind krijgen. Het kind is doorgaans genetisch verwant aan een of twee van de betrokken personen en één van hen is de geboortemoeder. Het blijkt, en dat is ook naar voren gekomen tijdens de hoorzittingen die de Staatscommissie heeft gehouden, dat het gegeven dat het kind slechts twee personen als juridisch ouder kan hebben, betrokkenen het gevoel kan geven geen gelijkwaardige relatie met het kind te hebben. Gesproken wordt wel van ‘voorbankouders’ en ‘achterbankouders’, waarbij de ouders die op de voorbank van de spreekwoordelijke auto zitten, de juridische ouders met gezag zijn en daarmee de bevoegdheid hebben om de beslissingen over het kind te nemen. De ouders op de achterbank mogen wel meepraten en meedenken, maar hebben een achtergestelde positie. Als bijvoorbeeld voor een bepaalde handeling een handtekening van de wettelijk vertegenwoordiger nodig is, kan deze alleen door een ‘voorbankouder’ worden gezet. De ‘voorbankouders’ hebben ook altijd de beslissende stem. De bevoegdheid beslissingen over het kind te nemen, komt toe aan de gezagsdragers. Daarmee lijkt de wens van betrokkenen om juridisch meerouderschap mogelijk te maken meer een wens tot meeroudergezag dan een wens tot juridisch meerouderschap te zijn. De Staatscommissie realiseert zich echter dat meerpersoonsgezag zonder juridisch meerouderschap slechts een formalisering van de onderlinge relaties zou zijn tot het tijdstip waarop het kind meerderjarig wordt. Een meerderjarige staat immers niet langer onder gezag en daarmee zou aan de geformaliseerde relatie met de verzorger(s) en opvoeder(s) die niet de juridische ouder van het kind is of zijn, alsnog een einde komen. Het kind kan meer

personen dan de twee juridische ouders als zijn feitelijke ouders ervaren. De Staatscommissie meent dat, als meer dan twee personen weloverwogen de keuze maken om met elkaar een kind te verzorgen en op te voeden en dat ook daadwerkelijk doen, er geen goede reden is om het kind niet dezelfde bescherming van zijn feitelijke positie te geven als die kinderen in een gezin met één of twee ouders hebben. De Staatscommissie acht het wenselijk dat de regeling van het verwantschapsrecht (onder de huidige wettelijke regeling aangeduid met de term afstammingsrecht) aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid, ook al betreft het – zoals ook is onderkend in het algemeen deel van dit hoofdstuk – vooralsnog een relatief kleine groep. De Staatscommissie memoreert hetgeen zij hiervoor reeds vaststelde, dat de keuze om een kind te krijgen is ingegeven door de wens van de ouder(s) en dat de wens om een kind groot te brengen in beginsel mooi en positief is. Die kinderwens is doorgaans gericht op het worden van sociaal ouder en is niet zozeer primair gericht op het vestigen van juridisch ouderschap. Toch kan het juridisch ouderschap bescherming bieden aan het sociaal ouderschap en kan het daarmee bijdragen aan de continuïteit van die ouderschapsrelatie en de verbetering van zowel de feitelijke positie als de rechtspositie van het kind. De Staatscommissie denkt hierbij bijvoorbeeld ook aan de erfrechtelijke positie van kinderen ten opzichte van de personen die het juridisch ouderschap over het kind op zich nemen, en hun familieleden. De Staatscommissie acht het dan ook van belang dat zoveel mogelijk wordt bevorderd dat juridisch ouderschap op het tijdstip van de geboorte van het kind kan ontstaan. De feitelijke positie en de rechtspositie van het kind zijn daarmee direct geborgd. Voorts biedt juridisch ouderschap erkenning en gelijkwaardigheid tussen betrokkenen, met name ten aanzien van de gevolgen van de verschillende verzorgingsrelaties voor het kind. De mate van gelijkwaardigheid is daarbij afhankelijk van de gevolgen die aan juridisch meerouderschap worden verbonden.

De Staatscommissie adviseert dan ook om juridisch meerouderschap wettelijk te faciliteren, waarbij rekening wordt gehouden met de volgende voorwaarden.

Belang van het kind

De Staatscommissie stelt voorop dat het juridische meerouderschap en de juridische vormgeving daarvan niet in strijd mogen komen met de belangen en de rechten van het (toekomstige) kind. Zoals eerder aange-

geven (zie par. 11.1.3), zoekt de Staatscommissie aansluiting bij de zeven kernen van goed ouderschap.

De Staatscommissie acht het een gegeven dat juridisch meerouderschap leidt tot een toename van de (juridische) complexiteit van de opvoedingssituatie. Dit rechtvaardigt het stellen van voorwaarden aan de vormgeving van juridisch meerouderschap. Een belangrijke voorwaarde is dat juridisch meerouderschap alleen mogelijk moet zijn als alle aspirant-ouders de intentie hebben om tezamen en gelijkwaardig ouder van het kind te zijn. Dit betekent dat van juridisch meerouderschap geen sprake moet kunnen zijn ingeval er geen gezamenlijk gedragen intentie is over wie als juridisch ouder van een kind moet worden aangemerkt. De Staatscommissie ziet daarmee het juridisch meerouderschap dus niet als een opgedrongen oplossing voor situaties waarin bijvoorbeeld de verwekker en de nieuwe partner van de geboortemoeder strijden over de vraag wie het ouderschap over het kind mag aanvaarden, en de intentie tot gezamenlijk meerouderschap bij betrokkenen ontbreekt.

Tijdstip van vormgeving

De Staatscommissie adviseert om de wetgeving ten aanzien van juridisch meerouderschap zodanig vorm te geven dat betrokkenen die een juridisch meerouderschap wensen, hierover vóór de conceptie goed moeten nadenken en hierover afspraken met elkaar moeten maken. In de niet te vermijden situatie waarin betrokkenen eerst een kind laten ontstaan om daarna te besluiten het juridisch ouderschap door meerdere personen op zich te laten nemen, hebben zij niet zonder meer toegang tot de meerouderschapsregeling. Zij zullen in elk geval de aanvaarding van het ouderschap vóór de geboorte moeten regelen (zie verder hierna de overige vereisten). Indien betrokkenen er niet in slagen het juridisch meerouderschap vóór de geboorte van het kind vorm te geven, zullen zij de rechter kunnen vragen hun juridisch ouderschap via de weg van de adoptie te laten ontstaan (zie hiervoor de voorstellen over aanpassing van de adoptieregelgeving in par. 11.2.6). Juridisch meerouderschap behoort dan alsnog tot de mogelijkheden, maar de rechter zal het belang van het dan reeds geboren kind op dat moment expliciet toetsen. De voorgestelde wettelijke regeling voor juridisch meerouderschap is daarmee niet toegankelijk voor op het tijdstip van haar inwerkingtreding reeds bestaande meerouderschapsgezinnen. De Staatscommissie adviseert de wetgever hiervoor een overgangsregeling te treffen, waarin

ruimte is voor een expliciete toets van de belangen van in deze gezinnen opgroeiende kinderen.

Maximumaantal juridische ouders

De Staatscommissie adviseert om bij de inrichting van wetgeving op grond waarvan juridisch meerouderschap mogelijk moet worden, te bepalen dat maximaal vier personen, die maximaal twee huishoudens vormen, juridisch ouder van een kind kunnen worden.⁶¹ Dit sluit ook aan bij de meeste aan de Staatscommissie beschreven bestaande meerouderschapssituaties. Realiteit is dat er grenzen zijn aan de hoeveelheid personen met wie een kind een nauwe band kan ontwikkelen. De meerouderschapsregeling zou hierbij moeten aansluiten. Waar die grens precies ligt, valt niet aan te geven en daarom meent de Staatscommissie dat voorzichtigheid is geboden bij het inrichten van een meerouderschapsregeling. Het maximum van twee huishoudens is ook ingegeven door de ervaring die al vele jaren door kinderen van gescheiden ouders is opgedaan. Het blijkt dat kinderen goed kunnen functioneren bij het leven in twee huishoudens.

Deelnemers aan juridisch meerouderschap

De Staatscommissie adviseert om de meerouderschapsregeling toegankelijk te maken voor de personen met wie het kind een genetische band zal hebben, met de geboortemoeder en met de levensgezellen van deze personen. Daarmee wordt een natuurlijke beperking bereikt van het aantal personen dat aan de meerouderschapsregeling zal kunnen deelnemen. Ook wordt de complexiteit van de situatie hiermee beperkt; voor iedere betrokkene geldt dat er een duidelijke reden is voor zijn betrokkenheid bij het ontstaan van het kind. Als vruchtbaarheidsproblemen van betrokkenen ertoe leiden dat de potentiële meerouders niet aan deze voorwaarde kunnen voldoen, kunnen zij via de weg van de adoptie (zie hierna par. 11.2.6) de rechter vragen hun meerouderschap juridisch vorm te geven.

Rechterlijke beslissing

De Staatscommissie adviseert met het oog op de complexiteit van de opvoedingssituatie een rechterlijke beslissing verplicht te stellen voor het bereiken van juridisch meerouderschap. De rechter stelt het belang van

61

En daarmee dat het kind maximaal in twee huishoudens van maximaal twee volwassenen zal worden verzorgd en opgevoed.

het toekomstige kind hierbij voorop. In de situatie waarin men na verloop van tijd een volgend kind wil krijgen, zijn een nieuwe overeenkomst en een nieuwe rechterlijke beslissing noodzakelijk.

Overwogen is om de notaris een rol te geven bij de totstandkoming van afspraken over juridisch meerouderschap. Hiervan heeft de Staatscommissie afgezien, omdat het vereisen van een rechterlijke toets aansluit bij de rol die de rechter in Nederland heeft ten behoeve van de bescherming van de zwakkere partij en diens huidige rol bij het beoordelen van afspraken over het voortgezet ouderschap na scheiding. Ook kan een rechterlijke toets bijdragen aan de acceptatie van het juridisch meerouderschap in het buitenland. Juridisch meerouderschap is immers een rechtsfiguur die nog maar in een zeer beperkt aantal landen bekend is,⁶² hetgeen landen huiverig kan maken om in Nederland tot stand gekomen juridisch meerouderschap te erkennen. Bovendien bevordert een rechterlijke toets de rechtsontwikkeling door de transparante wijze waarop uitspraken kunnen worden gepubliceerd. De Staatscommissie beveelt de Raad voor de rechtspraak dan ook aan om, als de wettelijke mogelijkheid voor juridisch meerouderschap wordt ingevoerd, erop toe te zien dat uitspraken over juridisch meerouderschap daadwerkelijk worden gepubliceerd.

Meerouderschapsovereenkomst

Betrokkenen dienen bij hun verzoek aan de rechter een meerouderschapsovereenkomst over te leggen, waaruit blijkt dat zij de gezamenlijke intentie hebben om het juridisch meerouderschap met elkaar op zich te nemen. De verplichting om gezamenlijk de meerouderschapsovereenkomst op te stellen, prikkelt betrokkenen om goed na te denken over hoe zij het juridisch meerouderschap willen invullen en bij zichzelf na te gaan of dit is wat zij willen. In de meerouderschapsovereenkomst dienen in elk geval afspraken te worden opgenomen over de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken, de bepaling van de hoofdverblijfplaats van het kind,⁶³ de verdeling van de financiële lasten en de geslachtsnaam die het kind zal krijgen (in zoverre is dus de meerouderschapsovereenkomst tegelijkertijd een meerpersoonsgezagsovereenkomst). De Staatscommissie adviseert om voor wat betreft de geslachtsnaam van het kind aan te

62

Sikorska, Kruger & Swennen 2015.

63

De hoofdverblijfplaats van het kind in de zin van het adres waarop het kind in de basisregistratie personen (BRP) staat ingeschreven.

sluiten bij de geldende regelgeving inzake het naamrecht. Dit betekent dat ook in geval van juridisch meerouderschap een keuze zal moeten worden gemaakt uit de geslachtsnamen van één van de ouders. Voorts dienen afspraken te worden gemaakt over de wijze waarop het kind zal worden geïnformeerd over zijn ontstaansgeschiedenis en over hoe men wil omgaan met eventuele conflicten die zich in het kader van het juridisch meerouderschap kunnen voordoen en over de wijze van herziening van afspraken. Tot slot zullen betrokkenen, als sprake is van een internationale dimensie (bijvoorbeeld een buitenlandse nationaliteit van één of meer betrokkenen of een voornemen tot vestiging in het buitenland), zich rekenschap moeten geven van de mogelijkheid dat hun ouderschap en/of gezag over het kind in het buitenland niet zullen/zal worden erkend, en hoe men hiermee denkt om te gaan.

Bijzondere curator

Om zeker te stellen dat de meerouderschapsovereenkomst door de rechter vol wordt getoetst, adviseert de Staatscommissie om voor het toekomstige kind een bijzondere curator te benoemen, aansluitend bij de huidige regeling van artikel 1:212 BW. De bijzondere curator zal bij de rechter het perspectief van het toekomstige kind moeten verwoorden en de rechter informeren over de wijze waarop betrokkenen zich bij het maken van de onderlinge afspraken rekenschap hebben gegeven van het uitgangspunt dat het belang van het kind vooropstaat. Daartoe zal de bijzondere curator aan de rechter een rapport dienen uit te brengen, waarin een analyse wordt gegeven van de zorgvuldigheid van het proces waarmee betrokkenen zijn gekomen tot de in de overeenkomst neergelegde afspraken. Vast dient te staan dat betrokkenen goed hebben nagedacht over hun meerouderschapsovereenkomst en geen sprake is van het – om maar aan de ‘formaliteit’ te kunnen voldoen – overleggen van een van internet gedownloade modelovereenkomst, waarover niet of niet voldoende is nagedacht. Ook kan de bijzondere curator bezien of er afspraken zijn gemaakt over mogelijke conflictoplossing en over de wijze van herziening van de afspraken. Verder dient met het oog op het belang dat het kind heeft bij het kunnen achterhalen van informatie over zijn ontstaansgeschiedenis en de identiteit van de personen met wie hij genetisch verwant is, duidelijk te zijn wie de genetische ouders en de geboortemoeder van het kind zullen zijn (zie ook de vereisten over de deelnemers aan het juridisch meerouderschap).

De Staatscommissie benadrukt dat de rechter de meerouderschapsovereenkomst in haar geheel dient te beoordelen en zich ervan moet vergewissen dat het belang van het kind bij de aspirant-meerouders centraal staat.

Aanvaarding van het ouderschap

Als de rechter de meerouderschapsovereenkomst goedkeurt, legt hij die beslissing vast in een beschikking. Na goedkeuring door de rechter moet de meerouderschapsovereenkomst worden geregistreerd bij het ROG (register ontstaansgeschiedenis, ROG, zoals beschreven in par. 11.1.5.2). Inschrijving in het ROG is mogelijk vanaf het tijdstip waarop de rechter zijn goedkeuring heeft gegeven, mits deze zijn beslissing uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard en een zwangerschap is tot stand gekomen. Vervolgens kunnen betrokkenen zich gezamenlijk wenden tot de ambtenaar van de burgerlijke stand om akten van aanvaarding van het ouderschap op te maken. Zij dienen daarbij het bewijs van inschrijving van de meerouderschapsovereenkomst in het ROG over te leggen. Als het kind is geboren, worden naast de geboortemoeder de andere maximaal drie betrokkenen aan de hand van de akten van aanvaarding van het ouderschap op de geboorteakte van het kind vermeld. In die zin hebben de akten van aanvaarding van het ouderschap hetzelfde gevolg als een vóór de geboorte opgemaakte akte van aanvaarding van het ouderschap, de huidige prenatale erkenning.

Tenietgaan juridisch meerouderschap

Uitgangspunt van de huidige wetgeving is dat juridisch ouderschap slechts op beperkte gronden kan tenietgaan (zie Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap). De Staatscommissie is van oordeel dat dit uitgangspunt onverkort dient te gelden in geval van juridisch meerouderschap. Wie het juridisch ouderschap op zich heeft genomen, wordt in beginsel hieraan gehouden. Voor het kind geldt, evenals onder de huidige regeling van twee-ouderschap, dat op zijn verzoek het juridisch ouderschap van een niet-genetische ouder kan worden doorgehaald. In geval van juridisch meerouderschap dient die mogelijkheid voor het kind op dezelfde wijze te bestaan.

Aanbeveling:

35. Juridisch meerouderschap wettelijk faciliteren onder de volgende voorwaarden:
- de aspirant-meerouders moeten het met elkaar eens zijn over het juridisch meerouderschap, de regeling is daarmee niet toegankelijk indien er geen gezamenlijke intentie bestaat over wie welke rol zal spelen in het leven van het kind;
 - de aspirant-meerouders moeten vóór de conceptie van het kind nadenken en afspraken maken over het juridisch meerouderschap;
 - de regeling is toegankelijk voor maximaal vier ouders, die maximaal twee huishoudens vormen;
 - de meerouderschapsregeling is toegankelijk voor de geboortemoeder, de genetische ouders en de levensgezellen van deze personen;
 - de aspirant-meerouders stellen een meerouderschapsovereenkomst op, die door de rechter wordt getoetst; voor eventuele volgende kinderen zijn een nieuwe overeenkomst en toetsing hiervan door de rechter noodzakelijk;
 - om de belangen van het toekomstig kind te verwoorden en te behartigen benoemt de rechter een bijzondere curator;
 - nadat de rechter de meerouderschapsovereenkomst heeft goedgekeurd en een zwangerschap is ontstaan, wenden de aspirant-meerouders zich tot de ambtenaar van de burgerlijke stand om akten van aanvaarding van het ouderschap op te stellen;
 - voor de geslachtsnaam van het kind aansluiten bij de huidige regeling betreffende de naamskeuze: de meerouders kiezen één van hun geslachtsnamen als geslachtsnaam voor het kind; eventuele volgende kinderen van dezelfde meerouders dragen dezelfde geslachtsnaam;
 - de juridische vormgeving van het meerouderschap (dus meerouderschapsovereenkomst, rechterlijke goedkeuring en akten van aanvaarding van het ouderschap) moet gereed zijn uiterlijk op het tijdstip van de geboorte van het kind; na dat tijdstip kan het juridisch meerouderschap alleen nog via de weg van de eenvoudige adoptie met de daarbij behorende voorwaarden tot stand komen;
 - voor op het tijdstip van inwerkingtreding van de wetgeving reeds bestaande situaties dient een overgangsregeling te worden getroffen.

11.2.6 ADOPTIE

Adoptievormen

De Nederlandse adoptieregeling heeft de vorm van een zogenoemde volle of sterke adoptie. Als een kind twee juridische ouders heeft, kan de familierechtelijke betrekking waarin het tot die ouder(s) staat, worden verbroken en vervangen door een familierechtelijke betrekking met een andere persoon. Als een kind één juridische ouder heeft, kan de betrekking met deze persoon worden vervangen door die met een andere persoon of kan een familierechtelijke betrekking worden gevestigd met een tweede ouder, terwijl de oorspronkelijke ouder ook juridisch ouder blijft. Heeft het kind twee juridische ouders, dan heeft adoptie tot gevolg dat de familierechtelijke betrekking met één of beiden wordt verbroken en daarvoor in de plaats een familierechtelijke betrekking met een of twee andere personen wordt gevestigd.

In sommige andere landen kent men, soms naast de volle adoptie, een andere adoptievorm, die wel bekend staat als de eenvoudige of zwakke adoptie, in België aangeduid als de gewone adoptie. Zoals beschreven in Hoofdstuk 6, Juridisch ouderschap, kent die eenvoudige vorm van adoptie verschillende verschijningsvormen. Kenmerk van die vorm is echter dat de familierechtelijke betrekking met de oorspronkelijke ouder(s) in stand blijft, naast de nieuw gevestigde familierechtelijke betrekking met één of twee andere personen. Afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe de adoptie in een land dat de eenvoudige adoptie kent, precies is vormgegeven, kunnen bepaalde rechtsgevolgen van de familierechtelijke betrekking met de oorspronkelijke ouder(s) worden beperkt.

Eenvoudige adoptie⁶⁴

De Staatscommissie adviseert om ook in Nederland, naast de reeds bestaande volle of sterke adoptie, een vorm van eenvoudige adoptie in te voeren, inhoudend dat wél een familierechtelijke betrekking met de adoptant wordt gevestigd, maar dat deze niet in de plaats komt van een reeds bestaande familierechtelijke betrekking. Aan het door adoptie ontstane ouderschap zijn dezelfde rechtsgevolgen verbonden als

64 De Staatscommissie kiest ervoor om in het navolgende de term 'eenvoudige adoptie' te gebruiken, omdat deze term naar haar oordeel het beste aansluit bij wat ermee wordt bedoeld, namelijk een volwaardige vorm van adoptie, die sterk rekening houdt met het belang dat het kind kan hebben bij het behoud van reeds bestaande familiebanden, zonder de negatieve connotatie die kan worden ervaren bij gebruik van de term 'zwakke adoptie'.

aan juridisch ouderschap dat op andere wijze ontstaat. De belangrijkste rechtsgevolgen van juridisch ouderschap liggen op het terrein van erfrecht, alimentatierecht, nationaliteitsrecht, gezagsrecht en naamrecht. Een eenvoudige adoptie zou met zich dienen te brengen dat ouders en kinderen elkaars wettelijke erfgenamen zijn. Voorts behoort het kind, zo dit de Nederlandse nationaliteit niet reeds heeft, de Nederlandse nationaliteit te verkrijgen als de adoptieouder deze nationaliteit heeft. Alle juridische ouders zijn en blijven, in overeenstemming met de huidige regelingen, onderhoudsplichtig jegens het kind totdat het de leeftijd van eenentwintig jaar heeft bereikt, en nadien in geval van behoefte van het kind. Voor het antwoord op de vraag of het kind onderhoudsplichtig is jegens de ouders in geval van behoefte, wordt verwezen naar hetgeen de Staatscommissie hierover opmerkt in par. 11.5. Tot slot adviseert de Staatscommissie om de wetgeving zodanig in te richten dat de rechter bepaalt wie met het gezag over het eenvoudig geadopteerde kind belast zullen zijn of blijven, overeenkomstig hetgeen hierover wordt opgemerkt in par. 11.3.3.

Voor een kind heeft de eenvoudige adoptie het voordeel dat zijn feitelijke situatie optimaal wordt beschermd door het vestigen van een familierechtelijke betrekking met de persoon of personen die hem daadwerkelijk verzorgen en opvoeden, terwijl het in juridische zin niet of niet volledig afscheid hoeft te nemen van zijn oorspronkelijke ouder(s) en verdere familie. Of de eenvoudige adoptie in een voorkomend geval een betere optie is dan de volle adoptie, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. De Staatscommissie gaat er daarbij van uit dat de eenvoudige adoptie in elk geval de voorkeur geniet als de oorspronkelijke juridische ouder(s) en/of verdere familie nog enige rol van betekenis spelen in het leven van het kind. Het kan zijn dat het kind nog contact met hen heeft of dat een oorspronkelijke ouder weliswaar is overleden, maar door het kind nog wel degelijk wordt ervaren als de ouder.

De eenvoudige adoptie is eveneens bruikbaar in meerouderschapssituaties waarvoor de wens pas na de geboorte van het kind ontstaat. Als meerdere mensen de verantwoordelijkheid van het juridisch ouderschap over een reeds geboren kind op zich willen nemen en wensen dat er een familierechtelijke betrekking tussen hen ontstaat, kunnen zij de rechter verzoeken de eenvoudige adoptie van het kind uit te spreken. Als de rechter oordeelt dat het ontstaan van juridisch meerouderschap in deze

situatie in het kennelijk belang van het kind is, zal de uitspraak tot eenvoudige adoptie tot gevolg hebben dat het kind meer dan twee juridische ouders krijgt.

Positie oorspronkelijke ouders

Omdat de huidige volle adoptie een vergaande maatregel is, is wettelijk bepaald dat een kind in de regel alleen kan worden geadopteerd als de oorspronkelijke ouder het verzoek niet tegensprekt, met andere woorden: dat hij hiertegen geen bezwaar heeft. Aan eventuele tegenspraak kan de rechter alleen op in de wet beschreven specifieke gronden voorbijgaan. Kort gezegd komen die gronden erop neer dat het kind niet of nauwelijks in gezinsverband met die ouder heeft samengeleefd, dat de ouder het gezag over het kind heeft misbruikt of de verzorging en opvoeding van het kind op grove wijze heeft verwaarloosd of dat die ouder onherroepelijk is veroordeeld wegens bepaalde ernstige misdrijven die hij heeft gepleegd met of jegens het kind.

De Staatscommissie adviseert om de regeling van eenvoudige adoptie zodanig in te richten dat voor een eenvoudige adoptie in beginsel overeenstemming van alle betrokkenen is vereist. Alleen in pleegzorgsituaties zou niet in alle gevallen doorslaggevend moeten zijn wat de wensen daaromtrent van de oorspronkelijke ouder of ouders zijn. Het belang dat het kind heeft bij het formaliseren van de relatie die hij met zijn feitelijke verzorgers en opvoeders heeft, dient dan te kunnen prevaleren boven het eventuele belang dat een oorspronkelijke ouder heeft bij het tegenhouden daarvan. Wel meent de Staatscommissie dat enige terughoudendheid is geboden voordat zo'n feitelijke verzorgingsrelatie kan worden geformaliseerd. Vast dient te staan dat sprake is van een stabiele situatie, die zich laat aanzien als zijnde bestendig voor de toekomst. De Staatscommissie adviseert daarom om voor het uitspreken van een eenvoudige adoptie bij tegenspraak van de oorspronkelijke ouders een verzorgingstermijn van ten minste drie jaar te vereisen. In andere gevallen dient, evenals bij de volle adoptie, een verzorgingstermijn van ten minste één jaar te worden vereist. De oorspronkelijke ouder behoudt immers zijn juridische status.

Aanbeveling:

36. Naast de volle adoptie de eenvoudige adoptie mogelijk maken.

Termijn herroeping adoptie

De Staatscommissie heeft vastgesteld dat de termijn waarbinnen het verzoek kan worden gedaan een adoptie te herroepen, als knellend kan worden ervaren. Op grond van de huidige wet kan een adoptie slechts door de geadopteerde worden herroepen tussen zijn twintigste en drieëntwintigste levensjaar. In de rechtspraak zijn overigens wel verzoeken tot herroeping toegewezen ondanks het feit dat zij te laat werden ingediend. Veelal komen mensen pas op latere leeftijd in het reine met hun ontstaansgeschiedenis. De Staatscommissie meent dat het belang dat een geadopteerde kan hebben bij het kunnen verbreken van de familierechtelijke betrekking die hij met zijn adoptiefamilie heeft, moet prevaleren boven het belang dat de samenleving mogelijk heeft bij rechtszekerheid over het antwoord op de vraag wie de juridische ouders van een kind zijn en blijven. Daarbij kan worden opgemerkt dat, nu de wettelijk gestelde termijn soms reeds buiten toepassing wordt gelaten, de rechtszekerheid al niet meer kan worden gegarandeerd. Niet valt in te zien waarom de reeds beperkte rechtszekerheid in deze situaties zwaarder zou moeten wegen dan het belang van de geadopteerde.

Aanbeveling:

37. De termijn voor herroeping van de adoptie op verzoek van de geadopteerde schrappen.

Grootouderadoptie

De huidige Nederlandse wet bepaalt dat een kind niet kan worden geadopteerd door zijn grootouders. Wél kan een kind worden geadopteerd door andere familieleden en zelfs door een veel oudere broer of zus (het leeftijdsverschil moet ten minste achttien jaar zijn). Achtergrond van de beperking die voor grootouders geldt, is dat de wetgever bij de invoering van de rechtsfiguur adoptie in de vijftiger jaren van de vorige eeuw bevreesd was voor de zogenoemde grootouderusurpatie. Men wilde grootouders niet de ruimte geven om hun kleinkinderen als het ware hun

ouders, de eigen kinderen van de grootouders, te kunnen afpakken. In de praktijk komt het voor dat, als ouders niet in staat zijn om zelf voor hun kinderen te zorgen, de grootouders die zorgrol overnemen, bijvoorbeeld als pleegouders. Dit past ook in de wens om, als een kind niet door de eigen ouders kan worden verzorgd en opgevoed, het bij voorkeur wordt geplaatst in een geschikt gezin uit het familiale of sociale netwerk rond het gezin. Soms raakt het contact tussen de ouder(s) en het kind geheel verbroken, maar dat hoeft niet het geval te zijn. De ouder(s) kunnen op afstand een belangrijke rol spelen in het leven van het kind. Voor het kind kan gelden dat hij op den duur met de grootouder een ‘ouderlijke’ band ontwikkelt. In dat geval valt niet in te zien waarom die band niet door middel van adoptie kan worden geformaliseerd, terwijl dat wel kan voor kinderen die door anderen dan hun grootouders worden verzorgd en opgevoed. Voor de toewijzing van een adoptieverzoek dient in de regel vast te staan dat de adoptie in het kennelijk belang van het kind is.⁶⁵ Ook in geval van een adoptieverzoek door een of twee grootouders zal de rechter het kennelijke belang dat het kind heeft bij de adoptie, moeten beoordelen. Afhankelijk van de feitelijke situatie en mogelijke band die het kind heeft of voelt met zijn juridische ouder (het kind van de grootouder), zal de rechter dienen te bezien of hij de volle adoptie uitspreekt dan wel, als die vorm wettelijk mogelijk wordt, de eenvoudige adoptie (zie hiervoor).

Aanbeveling:

38. Het verbod van adoptie door een grootouder van het kind schrappen.

11.3 VISIE OP GEZAG

11.3.1 INLEIDING

Zoals aangegeven in Hoofdstuk 3, Maatschappelijke ontwikkelingen, zijn in de veranderende samenleving de laatste decennia naast de gezinsvorm van het huwelijk van ouders van verschillend geslacht met een of meer kinderen diverse andere gezinsvormen ontstaan. Die ontwikkeling is nog steeds gaande. Het gezagsrecht is deels meegegaan in deze ont-

65 Uitzondering is het adoptieverzoek dat wordt ingediend door de duomoeder om het uit haar levensgezellin geboren kind te adopteren. De wetgever heeft voor die situatie het criterium omgedraaid: het adoptieverzoek wordt toegewezen, tenzij de adoptie kennelijk niet in het belang van het kind is of niet aan de in de wet gestelde voorwaarden is voldaan (artikel 1:227 lid 4 BW).

wikkelingen: in plaats van de ‘vaderlijke magt’ in de negentiende eeuw bestaan er thans diverse mogelijkheden om ook buiten of na huwelijk gezamenlijk ouderlijk gezag uit te oefenen of een juridische ouder tezamen met een ander dan een juridische ouder gezamenlijk gezag te laten uitoefenen. Het gezag is een mengvorm geworden van zoveel mogelijk gezamenlijk gezag van juridische ouders en zoveel mogelijk gezag leggen bij degenen die het kind daadwerkelijk verzorgen en opvoeden. De Staatscommissie heeft overwogen of de grondslagen van het gezagsrecht wijziging behoeven. Zij stelt daarbij voorop dat het kind er recht op en belang bij heeft dat het ouders heeft die de verantwoordelijkheid voor zijn verzorging en opvoeding willen en kunnen nemen. Ouders die een kind krijgen, hebben recht op en belang bij een wettelijke basis die hen in staat stelt de verzorging en opvoeding van dit kind daadwerkelijk op zich te nemen.

De Staatscommissie meent dat, als er een genetische band bestaat tussen een juridische ouder en een kind én de ouder de opvoedingsverantwoordelijkheid voor het kind ook op zich wil nemen, de wetgeving dit zoveel mogelijk dient te faciliteren. Als wél sprake is van een genetische band tussen de juridische ouder en het kind, maar de desbetreffende ouder ten tijde van de geboorte niet de intentie had om de opvoedingsverantwoordelijkheid op zich te nemen, prevaleert naar het oordeel van de Staatscommissie het belang van het kind om één of meer ouders te hebben die deze intentie tot ouderschap met opvoedingsverantwoordelijkheid wél wilden nemen, boven de eventuele achteraf geuite wens van de genetische ouder om die rol alsnog te verkrijgen.

Met dit uitgangspunt is onontkoombaar dat in het gezagsrecht gezagsuitoefening door de feitelijke verzorger(s) en opvoeder(s) en gezagsuitoefening door de juridische ouders beide kunnen voorkomen. De Staatscommissie meent echter dat ernaar moet worden gestreefd dat een kind zoveel mogelijk een daadwerkelijke zorgrelatie met zijn juridische ouders heeft. Daarbij past om ernaar te streven dat juridische ouders ook zoveel mogelijk zijn belast met het gezamenlijk gezag over hun kind, bij voorkeur vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind. Maar als een juridische ouder niet degene is die het kind daadwerkelijk (mede) verzorgt en opvoedt, en dit naar het zich laat aanzien ook niet binnen afzienbare tijd het geval zal zijn, acht de Staatscommissie het van belang dat de persoon (personen) door wie het kind wél wordt verzorgd en opgevoed, met

het gezag zijn of kunnen worden belast. De daadwerkelijke verzorgers en opvoeders zijn immers degenen die het beste weten wat er in hoofd en hart van het kind omgaat en daarom zoveel mogelijk de beslissingsbevoegdheid over het kind behoren te hebben.

11.3.2 ONTSTAAN VAN GEZAG OP HET TIJDSTIP VAN DE GEBORTE VAN HET KIND

Kort gezegd ontstaat gezag thans als volgt.⁶⁶ Als een kind uit of binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren, zijn beide juridische ouders automatisch vanaf het tijdstip van de geboorte gezamenlijk belast met het ouderlijk gezag.⁶⁷ Gezamenlijk gezag ontstaat ook automatisch als het kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de geboortemoeder met een vrouw die niet de juridische ouder van het kind is, mits het kind niet nog een andere ouder heeft. Wordt een kind buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren, dan ontstaat alleen het gezag van de geboortemoeder automatisch.⁶⁸ Als het kind vóór de geboorte is erkend, heeft het ook een tweede juridische ouder. Als de geboortemoeder en deze tweede juridische ouder samen het gezag over het kind willen uitoefenen, kunnen zij dit in het gezagsregister laten aantekenen. Als zij niet allebei de gezamenlijke gezagsuitoefening willen, kan de tweede ouder de rechter vragen om het gezamenlijk gezag toch op te leggen.

Een kind zal in de regel onder gezag komen te staan op het tijdstip van de geboorte, maar dit betekent nog niet dat het altijd gedurende zijn gehele jeugd onder (gezamenlijk) gezag van de daadwerkelijke verzorger(s) en opvoeder(s) staat. Omdat de Staatscommissie het voor het kind van belang acht dat de daadwerkelijke verzorgers en opvoeders zoveel mogelijk vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind zijn belast met het gezag, is bezien of gezamenlijk gezag ook in geval van buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen automatisch zou behoren te ontstaan. De huidige ongelijke behandeling van de geboortemoeder en de tweede juridische ouder van buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen zou daarmee worden weggenomen. Het

66 Zie voor een uitgebreide beschrijving van hoe het gezagsrecht in elkaar steekt Hoofdstuk 7, Gezag.

67 Behoudens de situatie waarin een of beide ouders onbevoegd zijn tot gezag (curatele of blijvende geestelijke stoornis); zie artikel 1:246 BW.

68 Behoudens als de geboortemoeder onbevoegd is tot gezag (curatele of blijvende geestelijke stoornis of als zij minderjarig is); zie artikel 1:246 BW.

gezagsrecht zou daarmee minder ingewikkeld worden en de kenbaarheid voor derden om te weten wie het gezag over het kind heeft en dus bevoegd is beslissingen over het kind te nemen, zou sterk worden vergroot.

Voor het inrichten van een regeling is gedacht aan een rechtstreekse koppeling van juridisch ouderschap en gezag en aan een beperkte koppeling van juridisch ouderschap en gezag in situaties waarin de juridische ouders samenwonen. Het feit dat de juridische ouders op het tijdstip van de geboorte samenwonen, zou kunnen worden afgeleid uit de registratie in de basisregistratie personen (BRP).

De Staatscommissie is evenwel van oordeel dat het nemen van de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van een kind een bewuste keuze dient te zijn. Een belangrijke reden daarvoor is dat het belast zijn met het gezag een grote verantwoordelijkheid met zich brengt. Als ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, mag worden verondersteld dat zij de in de wet neergelegde en bij het huwelijk of geregistreerd partnerschap gekoppelde verplichting om verantwoordelijkheid voor elkaar en voor hun eventuele kinderen te nemen, gestand zullen doen.⁶⁹ Als ouders vóór de geboorte van het kind geen huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, kan er naar het oordeel van de Staatscommissie niet zonder meer van worden uitgegaan dat de ouders daadwerkelijk samen de verzorging en opvoeding van het kind ter hand willen nemen. Dat is inherent aan de keuzevrijheid die mensen hebben om hun leefvorm zoveel mogelijk naar eigen believen vorm te geven. Daarbij past het vereisen van een gezamenlijk besluit om ook samen het gezag over het kind te willen uitoefenen. Het huidige systeem dat de juridische ouders door in het gezagsregister te laten aantekenen dat zij het gezag gezamenlijk willen uitoefenen, voldoet hiervoor. Wel acht de Staatscommissie het wenselijk dat deze registratie reeds vóór de geboorte kan plaatsvinden, bijvoorbeeld door die keuze te kunnen aangeven bij de aanvaarding van het ouderschap door de tweede ouder (huidige terminologie: erkenning). Op dit moment is dat niet mogelijk: registratie van gezamenlijk gezag op verzoek van beide juridische ouders is pas mogelijk na de geboorte van het kind. In de praktijk wordt het plaatsen van de aantekening van gezamenlijk gezag soms vergeten en blijkt pas op een later moment dat

69

Zie hiervoor in par. 11.2.2.1 de belangrijkste verplichtingen die men met het sluiten van een huwelijk of geregistreerd partnerschap op zich neemt.

de tweede juridische ouder geen zeggenschap over het kind heeft, terwijl de ouders wel degelijk de wens hadden om het gezag gezamenlijk te gaan uitoefenen. Als gezamenlijk gezag evenals de aanvaarding van het ouderschap vóór de geboorte kan worden geregeld en bij voorkeur op hetzelfde tijdstip als de aanvaarding van het ouderschap, kunnen ook de niet met elkaar gehuwde of geregistreerde ouders vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind zijn belast met gezamenlijk gezag.

Zoals eerder opgemerkt bij het ontstaan van ouderschap buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap, heeft de Staatscommissie overwogen om het laten ontstaan van gezamenlijk gezag van ouders na de geboorte enkel mogelijk te maken na tussenkomst van de rechter of de bijzondere curator. Voor een weergave van hetgeen is overwogen wordt hier verwezen naar Bijlage IX. Voor de reden waarom zij hiervan heeft afgezien wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt in par. 11.2.3.

Ook voor het laten ontstaan van gezamenlijk gezag geldt dat dit een ingrijpende beslissing is, die belastend kan zijn voor het kind, met name als een persoon die het kind zelf niet als een ouder ervaart, gezag over hem krijgt. De Staatscommissie meent daarom dat, anders dan in de huidige regeling voor het aantekenen van gezamenlijk gezag over buiten huwelijk geboren kinderen, het kind bij deze beslissing zou moeten worden betrokken. Het ligt voor de hand om hiervoor aansluiting te zoeken bij de regeling voor aanvaarding van het ouderschap. De Staatscommissie adviseert derhalve om de wetgeving zo in te richten dat voor de totstandkoming van gezamenlijk gezag na de geboorte wordt vereist dat het kind dat de leeftijd van acht jaar heeft bereikt, schriftelijk toestemming geeft voor de registratie van gezamenlijk gezag.

Aanbevelingen:

39. Faciliteren dat de wens tot uitoefening van gezamenlijk gezag door juridische ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, vóór de geboorte van het kind kenbaar kan worden gemaakt, waarna het gezamenlijk ouderlijk gezag ontstaat op het tijdstip van de geboorte van het kind (evenals dit het geval is als de ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben).
40. In de wet vastleggen dat voor de registratie van gezamenlijk gezag de schriftelijke toestemming is vereist van het kind dat de leeftijd van acht jaar heeft bereikt.

11.3.3 MEEROUDERGEZAG

Onder het huidige Nederlandse recht staat een kind onder gezag van maximaal twee personen. Als het kind door meerdere personen wordt verzorgd en opgevoed, kunnen deze personen dus per definitie niet gezamenlijk het gezag over het kind uitoefenen. Toch is het een wens van personen om met meer dan twee volwassenen ouder (juridisch en gezagsdragend) te zijn voor een of meer kinderen. Door deze mensen kan de behoefte worden gevoeld om een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar in te nemen. Voor het kind is van belang dat duidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag wie de zeggenschap over hem heeft, met andere woorden: wie bepaalt welke beslissingen over hem worden genomen. Het mogelijk maken van meeroudergezag zou het kind dat meerdere verzorgers en opvoeders heeft, beter in staat stellen om met hen een gelijkwaardige relatie te onderhouden. Degenen die verantwoordelijk zijn voor het welzijn van het kind, zouden op hun beurt die verantwoordelijkheid ten volle kunnen vormgeven door een gelijke stem te hebben als er beslissingen over het kind moeten worden genomen.

In opvoedingssituaties is doorgaans die gelijkwaardige positie van de verzorgers en opvoeders een feit. Dat is het geval in het huwelijk en geregistreerd partnerschap waarin kinderen worden verzorgd en opgevoed. Dit geldt evenzeer voor het merendeel van de gezinnen waarin kinderen opgroeien zonder dat sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap. Ook als de ouders hebben besloten hun partnerrelatie te beëindigen, blijken zij in verreweg de meeste gevallen zeer wel in staat om het gezag over hun kinderen gezamenlijk te blijven vormgeven. Echter,

niet in alle gevallen zijn ouders in staat tot die gezamenlijke gezagsuitoefening. Het feit dat het doorlopen van gezamenlijk gezag de norm is waarvan slechts in uitzonderingssituaties wordt afgeweken, kan een bron van conflicten opleveren. Weliswaar kan de rechter worden gevraagd over een bepaald geschilpunt de knoop door te hakken, maar dit betekent niet dat niet weer nieuwe conflicten kunnen ontstaan. Dat erkennende realiseert de Staatscommissie zich dat meerdere kapiteins op één schip niet altijd leidt tot een veilige overtocht van het kind naar de volwassenheid. Het om die reden niet langer toekennen van gezamenlijk gezag aan twee personen zou echter het paard achter de wagen spannen zijn. De oplossing voor gezagsconflicten moet in de eerste plaats worden gevonden in het indien nodig begeleiden van gezagsdragers in het op verantwoorde wijze vormgeven van de gezamenlijke gezagsuitoefening. Indien nodig kan de rechter worden gevraagd een beslissing te nemen en pas als dat allemaal niet voldoende helpt om het kind een veilige en stabiele opvoedingsomgeving te bieden, dient het gezamenlijk gezag te worden beëindigd. Vanuit die gedachte meent de Staatscommissie dat het gezagsrecht tevens ruimte dient te bieden aan meerdere personen die samen de verzorging en opvoeding van een kind op zich hebben genomen – en die het samen eens zijn over de gezagsuitoefening – om gezamenlijk met het gezag te worden belast.

Een veelgehoord bezwaar tegen het mogelijk maken van gezag voor meer dan twee personen is dat er aldus meer conflicten zullen ontstaan, hetgeen niet in het belang van het kind zal zijn. De Staatscommissie benadrukt dat er over de hele wereld nog maar weinig ervaring met meeroudergezag is opgedaan. De vrees dat meeroudergezag tot een toename van conflicten zal leiden, is niet onlogisch, maar is tot op heden niet vastgesteld in wetenschappelijk onderzoek. Tegen het bezwaar van een toename van het conflictpotentieel wordt ook wel naar voren gebracht dat juist de gelijkwaardige positie van meerdere gezagsdragers kan bijdragen aan het vroegtijdig oplossen van dreigende conflicten, omdat geen sprake is van een machtsstrijd van één tegen één. Ook kan er een meerwaarde voor het kind ontstaan, omdat meerdere personen een unieke en intensieve bijdrage kunnen leveren aan zijn verzorging, opvoeding en ontwikkeling.

De Staatscommissie adviseert om het gezagsrecht zo in te richten dat meeroudergezag in beginsel mogelijk wordt. Als de wetgever besluit om

juridisch meerouderschap mogelijk te maken onder de voorwaarden zoals in par. 11.2.5 geschetst,⁷⁰ is sprake van een in een vroeg stadium bereikte overeenstemming tussen de aspirant-ouders van het kind over hoe zij het juridisch meerouderschap willen vormgeven. Die bereikte overeenstemming en de daarbij behorende afspraken zijn neergelegd in een meerouderschapsovereenkomst die ter goedkeuring aan de rechter wordt voorgelegd. Een belangrijk onderdeel van die afspraken betreft het gezag over het kind, met andere woorden: in zoverre is de meerouderschapsovereenkomst tevens een meerpersoonsgezagsovereenkomst. Het ligt daarom in de rede om in de wet te bepalen dat, als de rechter de meerouderschapsovereenkomst heeft goedgekeurd en de aspirant-ouders akten van aanvaarding van het ouderschap hebben laten opmaken bij de burgerlijke stand, waardoor het juridisch ouderschap op het tijdstip van de geboorte van het kind ontstaat, tevens het meeroudergezag op hetzelfde tijdstip ontstaat.

In andere gevallen waarin meer dan twee personen gezamenlijk met het gezag over een kind belast wensen te worden, kunnen zij de rechter benaderen met het verzoek het meerpersoonsgezag vast te stellen. De Staatscommissie adviseert om ook in dit geval aan te sluiten bij de voorwaarden voor juridisch meerouderschap, waardoor onder meer het aantal gezagsdragers is beperkt tot maximaal vier personen die maximaal twee afzonderlijke huishoudens vormen. De aspirant-gezagsdragers dienen bij het verzoek een meerpersoonsgezagsovereenkomst over te leggen, waarin zij de overeengekomen afspraken over de wijze van invulling van het gezag hebben neergelegd. In geval van een internationale dimensie zullen betrokkenen duidelijk moeten maken hoe zij zullen omgaan met het risico van niet-erkenning van het gezag in het buitenland. Als zou komen vast te staan dat het kind direct na de geboorte in Neder-

70

Kort samengevat zijn de voorwaarden: meerouderschap kan ontstaan voor maximaal vier ouders die maximaal twee huishoudens vormen, waarbij de regeling openstaat voor de geboortemoeder, de personen met wie het kind een genetische band heeft, en de levensgezellen van betrokkenen; de meerouderschapsovereenkomst wordt vóór de geboorte en bij voorkeur vóór de totstandkoming van de zwangerschap aangegaan en ter goedkeuring aan de rechter voorgelegd; de meerouderschapsovereenkomst mag niet in strijd komen met het belang van het toekomstige kind; in de rechterlijke procedure wordt een bijzondere curator benoemd om de rechter te adviseren over het belang van het kind; als sprake is van een internationale dimensie, moeten de betrokkenen zich rekenschap hebben gegeven van de kans dat hun ouderschap en/of gezag over het kind in het buitenland niet zullen/zal worden erkend. Als de rechter de overeenkomst goedkeurt, kunnen de aspirant-meerouders, nadat een zwangerschap is ontstaan en na overlegging van bewijs dat de overeenkomst is ingeschreven in het ROG, de akten van aanvaarding van het ouderschap laten opmaken door de ambtenaar van de burgerlijke stand; hun juridisch ouderschap ontstaat op grond van die akten op het tijdstip van de geboorte van het kind.

land zal verhuizen naar een land waar het meeroudergezag uit Nederland niet zal worden erkend, kan de rechter oordelen dat het ontstaan van meeroudergezag in Nederland niet in het belang van het kind is.

Als er meer dan twee gezagsdragers zijn, hebben zij allen toegang tot de geschillenregeling van artikel 1:253a BW. In de situatie waarin de gezagsdragers het niet langer eens zijn over de uitoefening van het gezamenlijk gezag, kan de rechter op verzoek van één of meerdere gezagsdragers het aantal gezagsdragers terugbrengen. Als zich in een situatie van meeroudergezag geschillen tussen de gezagsdragers voordoen, zal de rechter naar verwachting eerder dan in geval van twee gezagsdragers die geschillen hebben over de gezagsuitoefening, tot het oordeel komen dat het kind klem of verloren raakt tussen de gezagsdragers (het huidige ‘klemcriterium’) of dat terugbrenging van het aantal gezagsdragers anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. De rechter zal voor zijn beoordeling tevens aansluiting kunnen zoeken bij de zeven kernen van goed ouderschap (zie Hoofdstuk 1, par. 1.4, Het belang van het kind in opvoedingsrelaties).

Aanbeveling:

41. Meeroudergezag/meerpersoonsgezag mogelijk maken:
 - in geval van juridisch meerouderschap komt het gezag over het kind ook in de meerouderschapsovereenkomst, die door de rechter moet worden goedgekeurd, aan de orde en ontstaat dit meeroudergezag vanaf de geboorte;
 - in andere gevallen kan meerpersoonsgezag op gezamenlijk verzoek van betrokkenen door de rechter worden vastgesteld, waarbij wordt aangesloten bij de voorwaarden die gelden voor juridisch meerouderschap.

11.3.4 KENBAARHEID GEZAG VOOR DERDEN

Het gezagsrecht blijkt lastig kenbaar voor derden, voor wie het van belang kan zijn om te weten wie het gezag over een kind heeft of hebben, bijvoorbeeld voor de marechaussee bij de controle op internationale kinderontvoering of voor medici die toestemming voor een medische ingreep nodig hebben (zie Hoofdstuk 7, Gezag). Kort gezegd is het huidige systeem zodanig ingericht dat, als iemand wil weten wie het gezag over een kind heeft, hij dit in eerste instantie dient af te leiden uit het

wettelijk systeem op grond waarvan een of twee personen automatisch bij de geboorte van het kind gezag over hem hebben gekregen. Vervolgens kan hij aan de griffie van de rechtbank vragen of er in het centrale gezagsregister gegevens over het kind staan vermeld, waaruit blijkt dat de gezagssituatie op een later moment is gewijzigd of de gezagssituatie anderszins afwijkt van het wettelijk systeem. In het gezagsregister worden immers in beginsel alle afwijkingen van het wettelijk systeem of wijzigingen in de gezagssituatie over een kind geregistreerd. Als er een afwijking van het wettelijk systeem of een wijziging van het gezag in het gezagsregister wordt geregistreerd, wordt dit gegeven tevens in de basisregistratie personen (BRP) vermeld.

Is er geen sprake van afwijking van het wettelijk systeem en heeft zich sedert de geboorte van het kind geen wijziging in het gezag voorgedaan, dan krijgt de derde als melding op het informatieverzoek dat geen gegevens over het kind in het gezagsregister zijn opgenomen. In de praktijk blijkt het voor derden moeilijk om op correcte wijze aan de hand van de bij hen bekende gegevens over het kind af te leiden wie met het gezag over hem is belast. Als ouders niet samen een gezin vormen met het kind, moet de derde bijvoorbeeld weten of de ouders op het tijdstip van de geboorte van het kind met elkaar waren gehuwd of een geregistreerd partnerschap hadden, omdat alleen in dat geval beide ouders het gezamenlijk gezag automatisch hebben verkregen.

Door diverse professionals is aan de Staatscommissie meegedeeld dat geregeld blijkt dat wijzigingen in het gezag ten onrechte niet in het gezagsregister worden geregistreerd. Voorts blijkt regelmatig dat de registratie van in het gezagsregister geregistreerde gezagsgegevens slechts ten dele in de BRP worden opgenomen. Zo wordt in de BRP bijvoorbeeld wél vermeld dat een kind onder voogdij staat, maar om te weten onder wiens voogdij het kind staat, moet een uittreksel uit het gezagsregister worden gevraagd. Gemeenten zijn niet geautoriseerd om zelf in het gezagsregister te kijken (hetgeen op zijn zachtst gezegd merkwaardig is, nu het gezagsregister op grond van artikel 1:244 BW een openbaar register is). Dit betekent bijvoorbeeld dat, als een voogd bij de gemeente een paspoort voor zijn pupil wil aanvragen, de ambtenaar burgerzaken alleen kan zien dat het kind onder voogdij staat, maar niet weet of de persoon die het paspoort komt aanvragen, de voogd is en dus bevoegd tot het doen van de aanvraag. Betrokkene zal een afschrift van de rechterlijke

uitspraak dienen over te leggen of zal moeten wachten totdat de gemeenteambtenaar de desbetreffende informatie van het gezagsregister heeft ontvangen.

De Staatscommissie adviseert om de registratie van de gezagssituatie over kinderen te verbeteren. Er zijn twee opties denkbaar.

In de eerste plaats kan worden gedacht aan het registreren van de volledige gezagssituatie in de BRP. Als een kind wordt geboren of als het zich in Nederland vestigt, zou de gemeente bij de inschrijving de gezagsgegevens direct kunnen aantekenen. Van gemeenteambtenaren mag immers worden verwacht dat zij voldoende kennis hebben van het wettelijk systeem om de juiste gevolgtrekkingen aan de juridisch relevante feiten te verbinden. Blijkt dit in uitzonderingsgevallen niet mogelijk, dan kan worden vermeld dat de gezagssituatie van het kind onbekend is. Wettelijk zou moeten worden bepaald, analoog aan de regeling betreffende het toevoegen van latere vermeldingen aan een geboorteakte, dat als de rechter een wijziging aanbrengt in het gezag, de griffier hiervan melding doet aan de gemeente waarin het kind in de BRP staat ingeschreven. In plaats van de bepaling dat juridische ouders op gezamenlijk verzoek in het gezagsregister kunnen laten aantekenen dat zij het gezag gezamenlijk willen uitoefenen, zouden de ouders een dergelijk verzoek kunnen doen bij de gemeente, dat na inwilliging in de BRP wordt ingeschreven. De Staatscommissie is zich ervan bewust dat de hierboven gesuggereerde wijziging van de gezagsregistratie een ingrijpende wijziging van het huidige stelsel inhoudt. De BRP heeft nog maar kort geleden de voormalige gemeentelijke basisregistratie (GBA) vervangen en het proces van omzetting is nog niet volledig voltooid. Voor de volledige registratie van de gezagssituatie in de BRP is een ingrijpende aanpassing van de (ICT-) systemen noodzakelijk en hieraan zijn naar verwachting aanzienlijke kosten verbonden. Om die reden is wellicht ook of in eerste instantie een andere optie denkbaar, en wel door het huidige systeem te handhaven en daarbij de uitvoeringsproblemen op te lossen. Het huidige systeem is, mits het zorgvuldig wordt bijgehouden, op zichzelf helder: al het gezag dat automatisch ontstaat, vloeit voort uit het wettelijk systeem; in geval van afwijkingen hiervan of wijzigingen wordt dit geregistreerd in het gezagsregister.

De Staatscommissie heeft de voorkeur voor het zodanig wijzigen van het systeem van gezagsregistratie dat het gezag voortaan wordt aangekend in de BRP. Derden, en dan met name beroepsbeoefenaren die om hun werk goed te kunnen doen moeten kunnen nagaan wie met het gezag over een kind is of zijn belast, kunnen daardoor redelijk eenvoudig over de juiste informatie beschikken. Mochten echter de aan een wijziging van het registratiestelsel verbonden kosten dermate hoog zijn dat dit niet opweegt tegen het te behalen voordeel van een eenvoudiger kenbaarheid van het gezag door derden, dan adviseert de Staatscommissie om de huidige uitvoeringsproblemen van ten onrechte nalaten van registratie van gezagsgegevens en de slechts gedeeltelijke vermelding van aan het gezagsregister ontleende gegevens in de BRP in elk geval op te lossen. Bezien zou moeten worden of deze laatste, noodzakelijke, aanpassing daadwerkelijk een substantieel geringere aanpassing van de BRP zou vergen dan de aanpassing die nodig zou zijn om de gezagsregistratie in haar geheel onder te brengen in de BRP.

Als gevolg van het voorstel om de aanvaarding van het ouderschap en de aantekening van het gezamenlijk gezag tegelijkertijd te laten plaatsvinden, zal het in ieder geval voor de moeder van het buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind, over wie de partner wel het ouderschap heeft aanvaard, maar geen gezag heeft, eenvoudiger worden om haar eenhoofdig gezag kenbaar te maken. Hiertoe adviseert de Staatscommissie dat mogelijk wordt gemaakt dat ouders een gewaarmerkt afschrift ontvangen van het formulier waarop zij aan de ambtenaar van de burgerlijke stand hebben aangegeven dat zij het ouderschap wensen te aanvaarden en hun keuze voor het al dan niet ontstaan van gezamenlijk gezag uitbrengen. In combinatie met de gegevens uit het gezagsregister is hieruit vervolgens voor derden af te leiden dat de geboortemoeder is belast met het eenhoofdig gezag en dus zelfstandig beslissingen over het kind mag nemen en bijvoorbeeld geen toestemming van iemand anders nodig heeft om met het kind te reizen.

Aanbeveling:

42. Bij voorkeur wordt op het tijdstip van de inschrijving van een kind in de basisregistratie personen (BRP) aangetekend wie het gezag over hem uitoefent. Als mocht blijken dat de noodzakelijke aanpassing van de Wet basisregistratie personen op te veel technische problemen stuit, dient in elk geval een betere aansluiting tussen de in het gezagsregister geregistreerde gegevens en de registratie daarvan in de BRP te worden bewerkstelligd.

11.3.5 GEZAG VOOR ANDERE VERZORGERS EN OPVOEDERS

In het huidige Nederlandse gezagssysteem oefenen één of twee volwassenen het gezag uit over een kind of staat het kind onder voogdij van een gecertificeerde instelling.

Een toedeling van onderdelen van het gezag aan verschillende personen is niet mogelijk, behalve in geval van een ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing. In dat geval kan de rechter op verzoek bepalen dat enkele gezagstaken (inschrijven op een school, geven van toestemming voor medische behandeling en de aanvraag van een verblijfsvergunning) in plaats van de met gezag belaste ouder(s) worden uitgeoefend door de gecertificeerde instelling als dat voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling noodzakelijk is.

Als een kind in een pleeggezin woont en het gezag van een ouder is beëindigd, kunnen de pleegouders worden belast met de voogdij. In de praktijk willen pleegouders dit soms voorlopig niet of helemaal niet. Wél kunnen zij behoefte hebben aan gedeeltelijke gezagsoverdracht, opdat zij bepaalde beslissingen over het kind zelf kunnen nemen.

Ook voor formele en informele stiefouders⁷¹ kan het aantrekkelijk zijn om mede te worden betrokken bij de uitoefening van het gezag over het kind dat zij (mede) verzorgen en opvoeden.

71

Bedoeld wordt de levensgezel met wie een juridische ouder en het kind (en eventuele andere kinderen) in gezinsverband samenleven. Omdat de wet de stiefouder slechts in formele zin kent, waarbij sprake dient te zijn van een huwelijk of geregistreerd partnerschap met de juridische ouder van het kind, wordt deze persoon in het navolgende kortheidshalve aangeduid als formele of informele stiefouder.

De Staatscommissie adviseert daarnaast om ook mogelijk te maken dat het gezag over een kind dat onder toezicht of voogdij van een gecertificeerde instelling staat, gedeeltelijk kan worden overgedragen aan pleegouders die het kind ten minste een jaar verzorgen en opvoeden en waarbij het perspectief van de verzorging en opvoeding van het kind in zijn verdere jeugd bij die pleegouders ligt.⁷² Daarmee kan worden bewerkstelligd dat de feitelijke verzorger(s) en opvoeder(s) de bij hun taak behorende beslissingen over het kind zelfstandig kan/kunnen nemen. Andere aangelegenheden, zoals bijvoorbeeld de uitvoering van een contactregeling van het kind met zijn ouder(s), kunnen dan onder verantwoordelijkheid van de gecertificeerde instelling blijven verlopen. Problemen die zich daarbij zouden kunnen voordoen, kunnen dan op initiatief van de gecertificeerde instelling aan de rechter worden voorgelegd.

Tevens meent de Staatscommissie dat, als formele of informele stiefouders en juridische ouders die gezag hebben, behoefte hebben aan het gezamenlijk uitoefenen van het gezag, daartoe de mogelijkheid dient te bestaan. De Staatscommissie adviseert daarom om het ontstaan van meerpersoonsgezag ook mogelijk te maken in na de geboorte ontstane situaties waarin meerdere volwassenen samen verantwoordelijk willen en kunnen zijn voor de verzorging en opvoeding van een kind. Wel dient vanzelfsprekend te worden voldaan aan de voorwaarden die aan het ontstaan van meeroudergezag worden gesteld, zoals aangegeven in par. 11.3.3.

Aanbevelingen:

43. Gedeeltelijke gezagsoverdracht aan pleegouders en stiefouders mogelijk maken.
44. Maak het ontstaan van meerpersoonsgezag ook mogelijk in na de geboorte ontstane situaties waarin meerdere volwassenen samen verantwoordelijk willen en kunnen zijn voor de verzorging en opvoeding van een kind, onder de voorwaarden die aan het ontstaan van meeroudergezag worden gesteld.

11.3.6 BLOKKADERECHT VOOR STIEFOUDERS

De Staatscommissie stelt vast dat onduidelijk is of een formele of informele stiefouder, bijvoorbeeld na het overlijden van de juridische ouder, het blokkaderecht⁷³ kan inroepen tegen de ene juridische ouder, die het kind na het overlijden van de andere juridische ouder uit het gezin van de formele of informele stiefouder wil weghalen. De onduidelijkheid wordt veroorzaakt door het in de wet opgenomen vereiste dat het kind *met toestemming* van de met gezag belaste ouder elders woont. Dat is in geval van formele of informele stiefgezinsituaties niet altijd het geval, met name niet als de rechter de hoofdverblijfplaats van het kind heeft bepaald en dit dus niet door de met gezag belaste ouders zelf is overeengekomen. Mogelijk heeft het kind in het gezin van de formele of informele stiefouder ook halfzusjes en/of -broertjes en dan kan het extra belastend zijn als het kind zonder rechterlijke toetsingsmogelijkheid de woonplaats van zijn enig overgebleven juridische ouder dient te volgen. Het blokkaderecht is in de wet opgenomen om pleegouders en pleegkinderen te behoeden voor onverhoedse scheiding van elkaar.

De Staatscommissie benadrukt dat het ook in geval van formele of informele stiefgezinsituaties van belang is dat het kind wordt beschermd tegen een onverhoedse scheiding van degene door wie hij al langere tijd (ten minste een jaar) wordt verzorgd en opgevoed. Niet goed valt in te zien dat het in de artikelen 1:253s en 336a BW bepaalde niet van toepassing zou zijn als een met gezag belaste ouder een kind wil weghalen uit het formele of informele stiefgezin. De Staatscommissie adviseert met een aanpassing van genoemde artikelen duidelijk te maken dat het blokkaderecht in deze situatie onverkort van toepassing is. Dit betekent dat, als een kind ten minste een jaar met instemming van zijn met gezag belaste ouders of op basis van het door de rechter bepaalde hoofdverblijf aldaar in een gezin is verzorgd en opgevoed, het niet zonder toestemming van de verzorger en opvoeder kan worden weggehaald. Geeft de verzorger en opvoeder geen toestemming voor wijziging van de verblijfplaats van het kind, dan kan de met gezag belaste ouder de rechter vragen om vervangende toestemming.

73

Het blokkaderecht houdt in dat, als een kind met instemming van de met gezag belaste ouder(s) of voogd ten minste een jaar is verzorgd en opgevoed door iemand anders, de met gezag belaste ouder of voogd de verblijfplaats van het kind niet zonder toestemming van die persoon of personen kan wijzigen.

Voorts adviseert de Staatscommissie om het wettelijk criterium aan de hand waarvan het verzoek moet worden beoordeeld, aan te passen. Het belang dat het kind heeft bij continuïteit in zijn opvoedingssituatie, dient naar het oordeel van de Staatscommissie te worden afgewogen tegen het belang dat het kind heeft bij het worden verzorgd en opgevoed door zijn juridische ouder met gezag. De wettelijke regeling dient dan ook te bepalen dat de rechter een zodanige beslissing geeft als hij in het belang van het kind wenselijk oordeelt. Geeft de rechter geen vervangende toestemming, dan bepaalt hij in zijn beschikking de duur van de blokkade, die – in overeenstemming met de huidige regeling – de duur van zes maanden niet te boven kan gaan. Is vóór afloop van de termijn een verzoek tot ondertoezichtstelling of van beëindiging van het gezag van de juridische ouder of om gezamenlijk gezag van de juridische ouder en de feitelijke verzorger en opvoeder ingediend, dan blijft de beschikking van kracht totdat de beslissing op dat verzoek definitief is geworden. In geval van een verzoek tot ondertoezichtstelling of gezamenlijk gezag van de ouder en de feitelijke verzorger en opvoeder, zal de rechter tevens een machtiging tot uithuisplaatsing of een beslissing over de bepaling van de hoofdverblijfplaats kunnen geven.

Aanbevelingen:

45. In de wettelijke regeling verduidelijken dat formele en informele stiefouders die een kind ten minste één jaar in hun gezin hebben verzorgd en opgevoed, een blokkaderecht hebben. Dit betekent dat het kind niet zonder toestemming van de stiefouder of vervangende toestemming van de rechter door een met gezag belaste ouder uit het gezin van de formele of informele stiefouder mag worden weggehaald.
46. Het criterium voor het beoordelen van het verzoek tot verlening van vervangende toestemming aanpassen, opdat een zodanige beslissing wordt gegeven als de rechter in het belang van het kind wenselijk oordeelt.

11.3.7 CONTACT MET DONOR EN/OF DRAAGMOEDER

Een kind kan zijn verwekt met behulp van donorgameten van een voor de ouders bekende donor of van een onbekende donor. Willen de ouders niet dat het kind contact met de donor heeft, dan zijn de mogelijkheden om contact via de rechter te verzoeken afhankelijk van het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind en zijn zaaddonor,

eiceldonor of embryodonor, of – als die er niet is – via het eveneens in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op *private life*.⁷⁴ De wet verplicht de donor niet tot contact met zijn kind, zoals bijvoorbeeld wél een juridische ouder met of zonder gezag verplicht is tot contact.

Voor de draagmoeder geldt dat zij op het tijdstip van de geboorte automatisch in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Kind en draagmoeder hebben om die reden recht op contact met elkaar. Na de afstand van het kind aan de wensouders duurt dit recht evenwel waarschijnlijk niet voort.⁷⁵ Er bestaat na de afstand door de draagmoeder voor haar dan ook geen verplichting tot contact met het kind, noch een mogelijkheid om dit contact af te dwingen.

Ouders met gezag hebben, als onderdeel van het gezag, de mogelijkheden om te bepalen met wie een kind contact heeft, al moet worden aangenomen dat de mogelijkheden hiertoe met de ontwikkelende vermogens van het kind afnemen. Ook als ouders niet willen dat contact tussen enerzijds kind en anderzijds donor of draagmoeder ontstaat, kan dit contact toch in het belang van het kind zijn. Dit valt naar het oordeel van de Staatscommissie onder een van de zeven kernen van goed ouderschap, namelijk de zorg voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen. Als het recht van het kind op informatie over de eigen ontstaansgeschiedenis wordt opgenomen in de wet, zal duidelijk moeten worden gemaakt dat een onderdeel van de zorgplicht van de ouder met gezag is dat hij een eventuele zoektocht naar contact met de donor of draagmoeder niet frustreert.

Aanbeveling:

47. In de wet expliciteren dat onderdeel van de ouderlijke zorgplicht is om een vorm van contact tussen enerzijds kind en anderzijds donor of draagmoeder niet te frustureren.

74 Zie onder meer: EHRM 21 december 2010, 20578/07, NJ 2011/508, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*) en HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt. S.F.M. Wortmann (*statusvoorlichting*).

75 Na de afstand is waarschijnlijk niet langer sprake van *family life* in de zin van artikel 8 EVRM, wél raakt het al dan niet hebben van omgang met het kind aan het recht op bescherming van *private life* van de draagmoeder; zie EHRM 5 juni 2014, 31021/08 (*I.S./Duitsland*).

11.4 VISIE OP DRAAGMOEDERSCHAP

11.4.1 OPDRACHT STAATSCOMMISSIE

De Staatscommissie heeft eerder gesteld dat zij de wens van personen om alleen of gezamenlijk kinderen te willen opvoeden als positief beschouwt. Waar het niet mogelijk is om zonder hulp van buitenaf een kind geboren te laten worden, kan voor wensouders draagmoederschap in beeld komen. Er is op dit moment geen specifieke regeling voor draagmoederschap in het familierecht. De Staatscommissie is gevraagd te bezien of de toeneming van (internationale) draagmoederschapsconstructies tot een andere wettelijke regeling noopt.⁷⁶ De Staatscommissie heeft deze toeneming van draagmoederschap maar moeilijk kunnen vaststellen. Draagmoederschap is binnen Nederland waarschijnlijk (nog) een vrij beperkt verschijnsel, al zijn er aanwijzingen dat draagmoederschap wereldwijd toeneemt.⁷⁷ Het gebrek aan mogelijkheden binnen Nederland lijkt aanleiding te zijn voor wensouders om zich te richten op draagmoederschap in het buitenland. Ook al zou het vooralsnog gaan om kleine aantallen, toch acht de Staatscommissie het wenselijk dat draagmoederschap in het Nederlandse recht beter wordt geregeld. Hiervoor heeft de Staatscommissie verschillende argumenten.

Aanleiding voor het treffen van een regeling

De Staatscommissie meent dat het wenselijk is om met een regeling te waarborgen dat het traject van draagmoederschap zorgvuldig verloopt en met respect voor de menselijke waardigheid van het kind en de draagmoeder. Een regeling voor draagmoederschap kan daarbij aan alle betrokkenen rechtszekerheid bieden over hun positie en verantwoordelijkheden ten opzichte van het kind. Dit laatste is ook in diens belang. Een regeling kan waarborgen dat de ontstaansgeschiedenis voor het kind in de toekomst is te achterhalen. Het kind heeft immers recht op deze informatie. Het moet uiteindelijk voor het kind zijn te achterhalen uit wiens of wier gameten het is ontstaan én wie de draagmoeder is geweest. Met een regeling kan tevens recht worden gedaan aan het feit dat de draagmoeder een grote verantwoordelijkheid op zich neemt voor een kind dat zij in beginsel niet wenst te verzorgen en op te voeden. Zij heeft er belang bij dat zij goed wordt begeleid en dat zij onafhankelijk wordt

76 Zie de toelichting op de instellingsregeling van de Staatscommissie, *Stcrt.* 2014, 12556 (zie Bijlage VI).

77 HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 56 e.v.

voorgelicht over de mogelijke psychologische en juridische gevolgen van het draagmoederschap. Met een regeling kan worden gewaarborgd dat haar medische en financiële risico's goed zijn afgedekt. Tot slot heeft zij recht op bescherming tegen uitbuiting.

Het op dit moment ontbreken van een regeling voor draagmoederschap heeft daarbij belangrijke nadelen, die samenhangen met de risico's die zijn verbonden aan draagmoederschap. De Staatscommissie overweegt in de eerste plaats dat er door het ontbreken van een wettelijke regeling momenteel nauwelijks toezicht op de uitvoering van draagmoederschapen bestaat. Alleen bij IVF-draagmoederschap wordt het proces binnen Nederland op dit moment gegarandeerd zorgvuldig begeleid. Dit gebrek aan toezicht is problematisch, omdat bij draagmoederschap vrijwel alle direct betrokkenen - het kind, de draagmoeder én de wensouders - zich in een kwetsbare positie bevinden. Zelfs bij IVF-draagmoederschap zijn de juridische uitkomsten van het traject voor alle partijen tot op het laatst onzeker. Deze rechtsonzekerheid maakt dat bij de geboorte nog niet zeker is wie de juridische ouders van het kind zullen zijn, welke geslachtsnaam het kind draagt en in sommige gevallen welke nationaliteit het kind heeft. Het maakt ook dat degenen die het kind zullen verzorgen en opvoeden, in de meeste gevallen (nog) niet degenen zijn die de belangrijke beslissingen over het kind kunnen nemen. De draagmoeder en de wensouders zijn in het draagmoederschapstraject tot op het einde sterk afhankelijk van elkaar en van de beoordeling door de raad voor de kindbescherming en uiteindelijk van de rechter. Als één van de betrokkenen zich terugtrekt of van oordeel is dat het traject niet in het belang van het kind is, zijn de uitkomsten van het traject ongewis. Dan kan het zijn dat het kind achterblijft bij een draagmoeder die het kind nooit heeft willen verzorgen en opvoeden of niet terechtkomt bij de wensouders die zo naar het kind hebben uitgekeken.

Het ontbreken van een duidelijke regeling, en van een verbod van kinderkoop, leidt tot een voortdurende discussie over de aard van vergoedingen rond draagmoederschap. Hoewel bemiddeling rond draagmoederschap momenteel is verboden, is niets geregeld over eventuele betalingen die aan de draagmoeder worden gedaan. Dit is niet in het belang van kinderen en vergroot de kans op oneigenlijke druk op of uitbuiting van de draagmoeder. Dit kan leiden tot situaties die in strijd zijn

met de belangen en de rechten van het kind en van de draagmoeder.

De Staatscommissie maakt zich grote zorgen over sommige praktijken rond draagmoederschap, niet alleen binnen Nederland, maar ook in het buitenland.⁷⁸ In verschillende landen is de positie van de draagmoeder volstrekt onvoldoende beschermd, is het onderscheid tussen draagmoederschap en kinderkoop niet scherp te maken en ligt zelfs kinderhandel op de loer. Evenmin is gewaarborgd dat de eigen ontstaansgeschiedenis voor het kind is te achterhalen. Minimale waarborgen voor de positie van draagmoeder en kind zijn door de Nederlandse rechter vervolgens niet te controleren. Het gevolg hiervan is dat het voorkomt dat wensouders zich bij de Nederlandse ambassade in het buitenland melden met een reeds geboren kind dat volgens het recht van het land van geboorte het kind van de wensouders is, zonder dat Nederland bereid is om dit buitenlands juridisch ouderschap te erkennen. Dit kan uiteraard tot zeer onwenselijke situatie leiden voor kinderen, waarbij zelfs staatloosheid dreigt.

Door het inrichten van een zorgvuldige binnenlandse regeling kan wensouders een alternatief worden geboden voor buitenlands draagmoederschap. De Staatscommissie heeft de indruk dat de aantrekkingskracht van buitenlands draagmoederschap wordt beïnvloed door een aantal factoren: de beschikbaarheid van draagmoeders, de kosten van het draagmoederschapstraject en de juridische zekerheid van de uitkomsten van het traject (regeling in het buitenland, erkenningskansen in Nederland). Een mogelijke binnenlandse regeling zal met name de laatste factor veranderen. De Staatscommissie ziet geen rol weggelegd voor de Nederlandse overheid om te bevorderen dat meer vrouwen binnen Nederland bereid zullen zijn om als draagmoeder op te treden.⁷⁹ De verhouding tussen de kosten van een binnenlands traject en die van een buitenlands traject is afhankelijk van de vormgeving van zowel een mogelijke binnenlandse regeling als de trajecten in het buitenland. Het succes van een binnenlandse regeling in het afvangen van de vraag naar buitenlands draagmoederschap moet dan ook niet worden overschat.

Een duidelijke regeling biedt het kind, de draagmoeder en andere betrokkenen waarborgen en houvast. Dit is voor de Staatscommissie de

78
79

Zie HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 68 e.v.
De rol van de Nederlandse overheid is er eerder in gelegen om te waarborgen dat draagmoederschap op een zorgvuldige manier plaatsvindt met inachtneming van de kwetsbare positie van alle betrokken partijen.

voornaamste reden om te adviseren om te komen tot een regeling voor draagmoederschap met daaraan gekoppeld een regeling van de voorwaarden die moeten worden gesteld aan de erkenning van de juridische positie van kinderen die in het buitenland uit een draagmoeder worden geboren.

Aanbeveling:

48. Richt een wettelijke regeling voor draagmoederschap in.

11.4.2 UITGANGSPUNTEN VOOR EEN REGELING VAN DRAAGMOEDERSCHAP

Waarborgen vanwege kwetsbare positie betrokkenen

Naar het oordeel van de Staatscommissie moet een te treffen regeling recht doen aan de kwetsbare positie van alle betrokkenen. Juist vanwege deze kwetsbare positie wordt idealiter het draagmoederschapstraject vóór de conceptie getoetst. Op dat moment kan het belang van het toekomstige kind worden gewogen, zonder dat de komst van dit kind reeds een voldongen feit is. Daarmee verkeert de draagmoeder ook nog niet in een afhankelijke positie ten opzichte van de wensouders.

Bovendien moet een voor te stellen regeling naar het oordeel van de Staatscommissie de positie van de draagmoeder verstevigen door te vereisen dat goed voor haar wordt gezorgd.

Door het proces reeds vroeg in het traject door de rechter te laten toetsen kan ook worden gewaarborgd dat vanaf de geboorte rechtszekerheid bestaat omtrent het juridisch ouderschap en het gezag over het gewenste kind. Een zorgvuldig voortraject met heldere afspraken, waarin alle partijen zijn voorgelicht en de draagmoeder uit vrije wil instemt met het draagmoederschapstraject, is noodzakelijk om onenigheid op een later moment zo veel mogelijk te voorkomen. Dit is in het belang van het kind, de draagmoeder én de wensouders. Deze rechtszekerheid heeft noodzakelijkerwijs als gevolg dat betrokkenen minder mogelijkheden hebben om zich gedurende het draagmoederschapstraject terug te trekken. De draagmoeder loopt daardoor een veel minder groot risico om te worden geconfronteerd met zich terugtrekkende wensouders, al blijkt dit in de praktijk zelden voor te komen (zie Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland). Rechtszekerheid betekent van de andere kant ook dat de draagmoeder minder gemakkelijk het uit haar geboren kind zal

kunnen behouden als haar eigen kind. Hierbij neemt de Staatscommissie als gegeven dat de band tussen het kind en de draagmoeder valt onder het beschermde gezinsleven van artikel 8 EVRM. De draagmoeder zal zich dan ook tot een rechter moeten kunnen wenden om zich uit een eerder goedgekeurd draagmoederschapstraject terug te trekken.

Aanbevelingen:

49. De regeling moet waarborgen bieden voor de positie van zowel het kind als de draagmoeder en de wensouders.
50. Afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders moeten vóór de conceptie worden vastgelegd en ter goedkeuring aan de rechter worden voorgelegd. De rechter controleert daarbij of het draagmoederschapstraject niet in strijd is met het belang van het kind, of de draagmoeder goed is geïnformeerd en of zij uit vrije wil instemt met het traject.
51. Van de wensouders en de draagmoeder wordt verlangd dat zij zich laten voorlichten en counselen.

Informatie over de ontstaansgeschiedenis

Bekend is dat het voor kinderen van groot belang kan zijn om te (kunnen) achterhalen uit wie zij zijn geboren, van wie zij genetisch afstammen en onder welke omstandigheden zij zijn ontstaan en geboren.⁸⁰ Ook hebben zij recht hierop, zoals eerder uiteengezet. Een regeling voor draagmoederschap moet dan ook verzekeren dat de eigen ontstaansgeschiedenis voor het kind is te achterhalen. De ontstaansgeschiedenis omvat in ieder geval de afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders, de identiteit van de draagmoeder en de genetische afkomst van het kind.

Aanbeveling:

52. De draagmoederschapsregeling moet waarborgen dat de ontstaansgeschiedenis voor het kind op termijn is te achterhalen.

80 Zoals de Staatscommissie is gebleken uit gesprekken met ervaringsdeskundigen, belangengroepen en wetenschappers; zie Hoofdstuk 3, Maatschappelijke ontwikkelingen, en zie ook Beeson, Jennings & Kramer 2011.

Een genetische band tussen wensouders en kind

De Staatscommissie heeft overwogen of een genetische band tussen de wensouders en het kind zou moeten worden vereist. De genetische band kan van belang zijn voor de identiteit van het kind. Als er een genetische band tussen het kind en de wensouders bestaat, blijft de complexiteit van de ontstaansgeschiedenis voor het kind beperkt. Het bestaan van een genetische band wordt ook wel gezien als een waarborg voor het bestaan van verbondenheid tussen de wensouders en het kind, het plaatst het kind in een natuurlijke lijn binnen de familie van de wensouders. Dit impliceert evenwel niet dat bij het ontbreken van een genetische band de verbondenheid tussen de wensouders en het kind per se tekortschiet, een familiale ‘lijn’ kan ook zeer wel worden ervaren zonder genetische band.

Tegenover deze voordelen van een genetische band kunnen ook nadelen staan. Het bestaan van een genetische band met één van de ouders kan voor het kind of voor één van de ouders leiden tot een gevoel van een eersterangs en tweederangs ouderschap. Dit blijkt in algemene zin niet uit onderzoek naar de ouder-kindrelatie na gametendonatie, maar zou in een individueel geval kunnen voorkomen. De Staatscommissie heeft al eerder vastgesteld dat het bestaan van een genetische band tussen wensouders en kind geen noodzakelijke voorwaarde voor het welzijn van het kind is. Er zijn situaties waarin voor de wensouders een genetische band met het kind onmogelijk is. In alle gevallen vereisen dat een genetische band bestaat zou in dat geval een, niet in het belang van het kind noodzakelijke, algemene uitsluiting van het ouderschap betekenen. Daarbij moet worden opgemerkt dat juist door het moment van toetsing vóór afgaan aan de conceptie, niet kan worden uitgesloten dat wensouders en draagmoeders afwijken van het aan de rechter voorgelegde scenario. Op deze mogelijkheid wordt bij de beschrijving van conflictoplossingen nader ingegaan.

De Staatscommissie acht het gelet hierop wenselijk dat een regeling de genetische band tussen ten minste één wensouder en het kind als uitgangspunt neemt. Voorts meent de Staatscommissie dat er een mogelijkheid moet bestaan om dit uitgangspunt te verlaten in uitzonderlijke gevallen waarin er een zwaarwegende reden bestaat om een dergelijke band niet te vereisen.

Aanbeveling:

53. Uitgangspunt is dat zo mogelijk twee, maar ten minste één van de wensouders een genetische band met het kind hebben/heeft. Er moet voor uitzonderlijke gevallen, waarin zwaarwegende redenen bestaan voor het afzien van een genetische band tussen wensouders en kind, een mogelijkheid bestaan om dit uitgangspunt te verlaten.

Noodzakelijke band met Nederland

De Staatscommissie stelt voor om een regeling te bieden voor mensen binnen Nederland om de positie van kinderen, geboren uit draagmoeders in Nederland, en andere betrokkenen te verbeteren en de gang naar het buitenland voor draagmoederschap te voorkomen. Het aantrekken van internationaal draagmoederschap naar Nederland is geenszins de bedoeling. De Staatscommissie stelt daarom voor om van zowel de draagmoeder als ten minste één van de wensouders te verlangen dat deze gedurende het gehele draagmoederschapstraject de gewone verblijfplaats in Nederland hebben. De rechter zal bij de beoordeling van de draagmoederschapsovereenkomst aandacht moeten besteden aan dit vereiste, opdat hij kan beoordelen of daadwerkelijk sprake is van het hebben van de gewone verblijfplaats in Nederland en geen sprake is van een tijdelijke vestiging, waarmee men poogt dit vereiste te omzeilen.

De huidige regels voor de aanwijzing van het toepasselijk recht op de afstamming gaan uit van het nationaliteitsbeginsel. Voor het antwoord op de vraag welk recht moet worden toegepast om de afstamming van een kind vast te stellen, is als gevolg daarvan primair bepalend het recht van de nationaliteit van de ongehuwde geboortemoeder,⁸¹ of van de gezamenlijke nationaliteit van de geboortemoeder en haar echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner.⁸² Indien een regeling voor draagmoederschap wordt opengesteld voor draagmoeders en wensouders met een gewone verblijfplaats in Nederland, zal voor deze gevallen het nationaliteitsbeginsel dan ook moeten worden verlaten.

Er kan worden beargumenteerd dat het stellen van de eis dat de gewone verblijfplaats van betrokkenen in Nederland is, inbreuk zou kunnen ma-

81

Artikel 10:94 BW.

82

Artikel 10:92 BW.

ken op het vrij verkeer van diensten. De Staatscommissie heeft daarom bezien of een dergelijke eis voldoet aan de eisen van het Europeesrechtelijk beschermde vrije verkeer van diensten.⁸³ Naar het oordeel van de Staatscommissie is dit het geval. De eis van de gewone verblijfplaats van de draagmoeder in Nederland is noodzakelijk ter bescherming van zowel de draagmoeder als het kind. De toetsing van de vrijwillige instemming van de draagmoeder zou ernstig worden bemoeilijkt als zij niet haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Heeft de draagmoeder niet haar gewone verblijfplaats in Nederland, dan zijn de afstammingsrechtelijke gevolgen van de geboorte ongewis. Hierin zijn voldoende zwaarwegende argumenten gelegen om een mogelijke beperking van het vrije verkeer voor draagmoeders te rechtvaardigen.

Voor de eis van een gewone verblijfplaats in Nederland van ten minste één van de wensouders pleit dat hiermee ook de vrije en geïnformeerde instemming van alle betrokkenen kan worden gewaarborgd. Het onaanvaardbare risico van ‘draagmoederschapstoerisme’ wordt met een dergelijke eis tegengegaan, hetgeen eveneens in het belang van het betrokken kind moet worden geacht.⁸⁴ Immers, bij internationaal draagmoederschap is per definitie de vraag aan de orde of de afstammingsband met het kind zal worden erkend in het land waarin de wensouders de gewone verblijfplaats hebben. In verband daarmee zal tevens voorafgaand aan het draagmoederschapstraject moeten vaststaan dat, als geen van beide wensouders de Nederlandse nationaliteit heeft, het ouderschap van de wensouders door ten minste één van de staten van de nationaliteit van de wensouders zal worden erkend, en het kind de buitenlandse nationaliteit van ten minste één van de wensouders zal verkrijgen. Is dat niet het geval, dan loopt het kind het risico om juridisch ouderloos en staatloos te worden geboren als gevolg van hinkende afstammingsverhoudingen. Voorbeelden van dit risico zijn nu reeds te vinden bij kinderen die zijn geboren uit een Oekraïense draagmoeder. Naar Oekraïens recht hebben die kinderen hun wensouders als juridische ouders en niet de draagmoeder. Naar Nederlands recht hebben die kinderen de Oekraïense draagmoeder tot juridisch ouder en niet de Nederlandse wensouders. Een dergelijke situatie is evident niet in het belang van het kind.⁸⁵ Hierin zijn naar het oordeel van de Staatscommissie voldoende zwaarwegende argumen-

83 Koffeman 2016, p. 28 e.v.

84 Opgemerkt zij dat het Verenigd Koninkrijk een vergelijkbare eis stelt; zie artikel 54 lid 4 onder b *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

85 Vergelijk het Verdrag tot beperking der staatloosheid en artikel 7 IVRK.

ten gelegen om ook een mogelijke beperking van het vrije verkeer voor wensouders te rechtvaardigen.

Aanbeveling:

54. De draagmoederschapsregeling is enkel toegankelijk indien ten minste één van de wensouders en de draagmoeder in Nederland wonen.

Betaald draagmoederschap

De Staatscommissie meent dat geldelijk gewin niet de drijfveer voor de draagmoeder zou moeten zijn. Dat is in de eerste plaats belangrijk voor de waardigheid van het kind. Het voorkomt dat het kind wordt gereduceerd tot handelswaar. Maar voorkomen dat geldelijk gewin de drijfveer wordt, is ook belangrijk voor de positie van de draagmoeder. Financiële prikkels kunnen leiden tot oneigenlijke druk op de draagmoeder door mensen in haar omgeving, of vanwege de financiële situatie van de draagmoeder. Ook de wensouders hebben er belang bij dat de draagmoeder zich vrij voelt om eventuele twijfel of medische contra-indicaties voor draagmoederschap bekend te maken voordat aan het draagmoederschapstraject wordt begonnen.

Tegelijkertijd is het wenselijk om goed voor de draagmoeder te zorgen. Zij loopt samen met het kind de grootste risico's en zij draagt de lasten van de zwangerschap en de bevalling. De Staatscommissie vindt het, gelet op de noodzakelijke balans tussen deze twee uitgangspunten, wenselijk dat er een wettelijk maximum zal worden gesteld aan betalingen aan de draagmoeder en dat financiële afspraken worden beoordeeld door de rechter.

Naar het oordeel van de Staatscommissie moeten alle daadwerkelijk door de draagmoeder ten behoeve van de zwangerschap en bevalling gemaakte kosten kunnen worden vergoed door de wensouders, als deze kosten niet reeds op andere wijze zijn gedekt (bijvoorbeeld door de ziektekostenverzekering). De vergoeding van dergelijke kosten legt immers geen druk op de vrijheid van de vrouw om al dan niet draagmoeder te zijn. Bij de kosten voor de zwangerschap valt te denken aan: medische en andere zorgkosten (bijvoorbeeld hulp in de huishouding), juridische kosten, reiskosten, kleedgeld en de kosten voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering en een levensverzekering voor de draagmoeder. Een

levensverzekering ten behoeve van de draagmoeder op het leven van de wensouders⁸⁶ ligt minder voor de hand, aangezien de wensouders al op het tijdstip van de geboorte de juridische ouders van het kind worden. Aantoonbaar en daadwerkelijk gedeelde inkomsten van de draagmoeder komen ook voor vergoeding in aanmerking. Nadrukkelijk behoren de kosten van huisvesting en levensonderhoud van de draagmoeder niet tot de kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. Vergoeding van dergelijke kosten zou er al snel toe kunnen leiden dat wensouders een vrouw uit het buitenland, met name binnen de Europese Unie, kunnen vragen om tijdelijk in Nederland te komen wonen om hier als draagmoeder te fungeren.

De Staatscommissie is van oordeel dat naast de genoemde specifieke onkostenvergoedingen ruimte moet bestaan voor een beperkte tegemoetkoming voor het dragen van het kind en/of als compensatie voor het ongemak, de pijn en inspanningen tijdens en na de zwangerschap en de bevalling, te betalen door de wensouders. Een dergelijke vergoeding is niet bedoeld als betaling voor een geleverde dienst en mag niet zo hoog zijn dat daaruit een oneigenlijke druk op de draagmoeder volgt. Dit is een extra reden om een woonplaatsvereiste voor de draagmoeder te stellen. Hiermee wordt immers voorkomen dat een voor Nederlandse begrippen beperkt bedrag naar buitenlands welvaartsniveau toch kan leiden tot oneigenlijke druk om draagmoeder te worden. Voor de vaststelling van een redelijke vergoeding heeft de Staatscommissie gekeken naar het bedrag dat naast de reiskostenvergoeding als algemene onkostenvergoeding wordt gegeven voor eiceldonatie (€ 900,-). De inzet van de draagmoeder is zowel ingrijpender als langduriger dan de inzet van de eiceldonor. De Staatscommissie acht een betaling van een vaste algemene vergoeding van € 500,- per maand redelijk voor de periode van de zwangerschap en een korte periode daarvoor en daarna. De vergoeding zou vooraf of maandelijks moeten worden betaald om te voorkomen dat deze de aard krijgt van een beloning voor de overdracht van het kind. De Staatscommissie merkt op dat een deel van deze vergoeding waarschijnlijk fiscaal zal worden belast, waardoor de draagmoeder uiteindelijk maar een deel van dit bedrag zal overhouden.

Het bedrag van de vergoeding moet worden opgenomen in de draagmoederschapsovereenkomst (zie hierna par. 11.4.3) en daarmee worden

getoetst door de rechter. Het betalen of ontvangen van niet door de rechter goedgekeurde bedragen voor draagmoederschap zou strafbaar moeten zijn.

Aanbeveling:

55. Geldelijk gewin mag niet de drijfveer voor de draagmoeder zijn, maar tegelijkertijd moet goed voor haar worden gezorgd. Naast een onkostenvergoeding behoort daarom een algemene vergoeding van maximaal € 500,- per maand mogelijk te zijn, mits de rechter deze vergoedingen heeft goedgekeurd.

De status van de draagmoederschapsovereenkomst

De draagmoederschapsovereenkomst is een zogenoemde familierechtelijke overeenkomst. Het personen- en familierecht maakt deel uit van het burgerlijk recht. Via de schakelbepalingen⁸⁷ is een groot gedeelte van het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, van overeenkomstige toepassing op het personen- en familierecht. Niet alleen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap zijn familierechtelijke overeenkomsten, maar bijvoorbeeld ook het ouderschapsplan⁸⁸ en de driepartijenovereenkomst tussen moeder, duomoeder en bekende zaaddonor, waarin zij bijvoorbeeld afspreken dat de moeder toestemming tot erkenning van het kind aan de duomoeder en niet aan de donor geeft (of omgekeerd).⁸⁹

Op de bepalingen in een draagmoederschapsovereenkomst zullen daarmee de algemene regels van het rechtshandelingenrecht van toepassing zijn. Op de vermogensrechtelijke onderdelen van de draagmoederschapsovereenkomst kunnen de bepalingen van het algemene overeenkomstenrecht, althans de artikelen 6:213-260 BW, van toepassing zijn. De aan het slot van iedere schakelbepaling opgenomen ontsnapingsclausule zorgt voor de in de rechtspraktijk soms noodzakelijke souplesse: overeenkomstige toepassing vindt plaats voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet

87 Met name zij gewezen op artikel 3:59 BW ten aanzien van Titel 2, Rechtshandelingen, van Boek 3 BW en artikel 6:216 BW ten aanzien van de toepassing van grote delen van het overeenkomstenrecht van Boek 6 BW op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen.

88 Zie de noot van A.J.M. Nuytinck bij HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407, AA 2010, p. 601-605.

89 *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, 3, p. 5, 8, 17 en 19 (memorie van toelichting bij de Wet lesbisch ouderschap).

verzet. Hierbij kan worden gedacht aan het belang van het kind⁹⁰ en het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder, die kunnen meebrengen dat bepalingen uit het algemene vermogensrecht juist niet van overeenkomstige toepassing behoren te zijn. In verband daarmee stelt de Staatscommissie dat afspraken over screening van de foetus, abortus en bevruchting niet meer kunnen zijn dan uitgesproken voornemens, die niet juridisch afdwingbaar zijn.⁹¹ De vordering tot nakoming van dergelijke afspraken kan niet en zou niet door een rechter moeten kunnen worden toegewezen, aangezien de aard van dergelijke verplichtingen zich daartegen verzet.⁹² Dit strookt ook met het uitgangspunt in het algemene overeenkomstenrecht dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.⁹³

De status van dergelijke afspraken moeten duidelijk blijken uit de draagmoederschapsovereenkomst. Een deel van de afspraken zal wel degelijk afdwingbaar zijn. Aangenomen moet worden dat een draagmoeder een afdwingbare aanspraak op de overeengekomen vergoedingen heeft. De wensouders kunnen op hun beurt een in beginsel afdwingbare aanspraak hebben op in redelijkheid te maken afspraken met betrekking tot de leefwijze van de vrouw (bijvoorbeeld het accepteren van medische begeleiding, niet roken, alcoholgebruik). Het niet nakomen van dergelijke afspraken kan evenwel geen gevolgen hebben voor het antwoord op de vraag wie de juridische ouders van het kind worden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal de rechter aan het niet nakomen van deze afspraken echter wél gevolgen kunnen verbinden voor de te betalen vergoedingen of kunnen andere dwangmaatregelen worden opgelegd om nakoming van de afspraken af te dwingen. De aard van de draagmoederschapsovereenkomst als familierechtelijke overeenkomst verzet zich niet hiertegen.

Alternatieve routes

Ook wanneer er een regeling voor draagmoederschap bestaat, valt niet uit te sluiten dat wensouders en draagmoeders toch kiezen voor een an-

90 Vergelijk HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:179, AA 2015, p. 215-218, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*bekrachtiging van nietige erkenning*).

91 Ook als wél wordt aangenomen dat Titel 2 van Boek 3 BW op deze onderdelen van de draagmoederschapsovereenkomst van toepassing is, zou de geldigheid van deze afspraken afstuiten op artikel 3:40 lid 1 BW, namelijk strijd met de goede zeden of de openbare orde.

92 Artikel 3:296 BW.

93 Artikel 6:248 BW.

dere route, bijvoorbeeld omdat zij in Nederland geen draagmoeder kunnen vinden. Voor draagmoederschap in het buitenland zou een specifieke erkenningsregeling moeten komen, die voor de erkenning ten minste dezelfde waarborgen vereist als voor binnenlands draagmoederschap, met uitzondering van het vereiste dat de draagmoeder haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Alleen als aan deze waarborgen wordt voldaan, zou de in het buitenland ontstane afstamming van het kind in Nederland moeten worden erkend.

Maar ook dan valt niet te voorkomen dat mensen toch kiezen voor draagmoederschap op andere voorwaarden. In die gevallen zal de uitkomst voor de betrokkenen ongewis zijn. De op dit moment reeds gebruikte routes ter verkrijging van het juridisch ouderschap na draagmoederschap zullen dan moeten worden gevolgd (zie Hoofdstuk 10, Ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief). De Staatscommissie is er geen voorstander van om deze routes af te sluiten. Dat zou niet in het belang zijn van de betrokken kinderen, die veelal in het land van geboorte worden gezien als Nederlandse kinderen van Nederlandse ouders, voor welke kinderen het desbetreffende land geen verantwoordelijkheid heeft. Wel is het noodzakelijk om excessen te bestrijden via voorlichting en indien nodig ook via het strafrecht.

11.4.3 DRAAGMOEDERSCHAP BINNEN NEDERLAND

De Staatscommissie stelt, gelet op de bovenstaande uitgangspunten, een draagmoederschapsregeling voor waarbij al voordat een draagmoeder zwanger wordt zekerheid kan worden gekregen over het juridisch ouderschap en het gezag van het kind. Deze regeling zal moeten gelden voor zowel IVF-draagmoederschap als traditioneel draagmoederschap. De regeling zou moeten openstaan voor paren en voor alleenstaanden die de juridische ouder van een kind willen worden. Waar hier wordt gesproken van ‘wensouders’, kan dus tevens ‘wensouder’ worden gelezen.

Vrije en geïnformeerde instemming

De Staatscommissie is van mening dat de draagmoeder en de wensouders een draagmoederschapsovereenkomst moeten opstellen om gebruik te kunnen maken van de draagmoederschapsregeling. De vrije instemming van alle betrokkenen moet blijken uit de afspraken die de draagmoeder en de wensouders met elkaar in deze overeenkomst hebben vastgelegd. Voor het opstellen van de draagmoederschapsovereenkomst zullen wensouders en draagmoeder voorlichting en begelei-

ding moeten hebben ontvangen. Is de draagmoeder gehuwd of heeft zij een geregistreerd partnerschap, dan zal haar partner ook moeten instemmen met het draagmoederschap. De partner ziet daarmee af van het van rechtswege ontstaan van zijn of haar juridisch ouderschap. De draagmoeder dient bij het opstellen van de overeenkomst onafhankelijk juridisch advies te hebben ontvangen. Binnen de draagmoederschapsregeling leiden het dragen en het baren van het kind niet langer tot het juridisch ouderschap van de geboortemoeder, dit in afwijking van hetgeen tot op heden geldend recht is.⁹⁴ In plaats daarvan vormt de gezamenlijke intentie van de draagmoeder en de wensouders de basis voor het rechtstreeks ontstaan van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de wensouders, die dus meteen de juridische ouders van het kind worden.

Rechterlijke toetsing

Afwijking van het uitgangspunt dat de vrouw die het kind baart, de juridische moeder is, is alleen mogelijk als rekening kan worden gehouden met de (kwetsbare) positie van alle betrokkenen. Het vastleggen van de gezamenlijke intentie van de draagmoeder en de wensouders alleen is daarom onvoldoende. Het belang van het kind en het vrijwillige karakter van de instemming van de draagmoeder moeten worden getoetst. Denkbaar zou zijn dat de notaris een rol krijgt bij het vastleggen van de draagmoederschapsovereenkomst. De Staatscommissie acht dit evenwel een onvoldoende waarborg. Voor de overdracht van een kind aan wensouders is, ook gelet op de jurisprudentie met betrekking tot adoptie van het EHRM,⁹⁵ een rechterlijke beoordeling noodzakelijk. Een rol voor de rechter sluit ook aan bij het gegeven dat de rechter momenteel is betrokken bij iedere beëindiging van juridisch ouderschap, door adoptie, vernietiging van een erkenning (in de nieuwe terminologie: vernietiging van aanvaarding van het ouderschap) of ontkenning van het ouderschap. Ook verwacht de Staatscommissie dat een rechterlijk oordeel de erkenningskansen van het juridisch ouderschap na draagmoederschap in het buitenland zal vergroten. De Staatscommissie stelt voor om daarbij als uitgangspunt te hanteren dat het juridisch ouderschap van de wensouders ten opzichte van het kind reeds vóór de geboorte wordt vastgelegd.

94

'Mater semper certa est'.

95

Zie Koffeman 2016, p. 36 e.v.

Aanbeveling:

56. Als de rechter zijn goedkeuring heeft gehecht aan het draagmoederschapstraject en de inschrijving van de draagmoederschapsovereenkomst in het ROG (register voor informatie over de ontstaansgeschiedenis van het kind), kunnen, nadat een zwangerschap is ontstaan, akten van aanvaarding van het ouderschap van de wensouders worden opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dit heeft tot gevolg dat het kind van rechtswege vanaf het tijdstip van de geboorte in familierechtelijke betrekking tot de wensouders komt te staan.

Invulling belang van het kind

De toetsing door de rechter van het belang van het kind dat uit een draagmoederschapsconstructie zal worden geboren, ziet op verschillenden aspecten. Het toekomstige kind heeft er belang bij dat alle betrokkenen weloverwogen en met vrijwillige instemming deelnemen. Dit voorkomt onenigheid op een later moment en vergroot de rechtszekerheid. Het weloverwogen karakter van de draagmoederschapsovereenkomst kan worden vergroot door verplichte voorlichting en counseling binnen het draagmoederschapstraject.

Het kind heeft er tevens recht op en belang bij dat zijn ontstaansgeschiedenis is te achterhalen. Bij ernstige contra-indicaties voor ouderschap heeft het kind er belang bij dat het draagmoederschap geen doorgang vindt. Het kind heeft er tevens recht op te worden beschermd tegen kinderkoop; de vergoedingen die de draagmoeder ontvangt, zouden dan ook streng moeten worden getoetst. Het kind heeft ook belang bij zekerheid dat het ontstane juridisch ouderschap zal worden erkend in het land waar het kind zal opgroeien, en zekerheid over de verkrijging van een nationaliteit.

De Staatscommissie heeft overwogen of er bij draagmoederschap een zwaardere toetsing van de geschiktheid van de ouders nodig is dan een beoordeling van de vraag of er ernstige contra-indicaties voor ouderschap bestaan. Bij adoptie wordt wél een zware maatstaf aangelegd: de adoptie moet in het kennelijk belang van het kind zijn. Het wezenlijke verschil tussen adoptie en draagmoederschap is dat er bij adoptie reeds een kind is, dat zich doorgaans al kortere of langere tijd in een kwetsbare situatie bevindt. Dan ligt het voor de hand te toetsen of de aspi-

rant-adoptiefouders geschikt en in staat zullen zijn om het betrokken kind met zijn specifieke behoeften te verzorgen en op te voeden. Draagmoederschap heeft een ander karakter. Bij draagmoederschap is er nog geen kind en is het de bedoeling dat het kind vanaf de geboorte of kort daarna door de wensouders zal worden verzorgd en opgevoed. Voor de wensouders heeft de aanvaarding van het ouderschap raakvlakken met een erkenning van het ouderschap in het huidige recht, en daar komt geen rechterlijke beoordeling aan te pas.⁹⁶ De toetsing zou bij draagmoederschap daarom primair moeten zijn gericht op de gezamenlijke intentie van de draagmoeder en de wensouders, de zorgvuldigheid van het proces en de omstandigheden rond de overdracht van het kind. Voor de verdergaande vraag of de ouders geschikte ouders zullen zijn, is in dat geval geen aanleiding. Wel geldt in deze situatie in zijn algemeenheid een buitengrens-criterium: als er een hoog risico op ernstige schade voor het kind bestaat, zou de overheid de medewerking aan het ontstaan van het kind moeten onthouden. Voor het overige volstaat naar het oordeel van de Staatscommissie het algemene kinderschermingsregime.

In lijn met het bovenstaande acht de Staatscommissie het evenmin noodzakelijk om, zoals bij de procedure rond juridisch meerouderschap, het toekomstige kind via de inzet van een bijzondere curator een stem te geven in de procedure rond draagmoederschap. Hiervoor zou pleiten dat de bijzondere curator in alle zaken van afstamming wordt ingezet⁹⁷ en dat draagmoederschap als een vorm van afstamming valt aan te merken. Toch zou dit naar het oordeel van de Staatscommissie binnen een draagmoederschapsregeling een onevenredig zwaar middel zijn. De rechterlijke toetsing waarborgt het belang van het kind door het verplicht stellen van voorlichting en counseling, de registratie van de ontstaansgeschiedenis en het bieden van duidelijkheid over juridisch ouderschap en gezag vanaf de geboorte. Voor het overige is de toetsing voornamelijk gericht op de gezamenlijke intentie van de draagmoeder en de wensouders.

De toets van de rechter

Voordat de rechter de draagmoederschapsovereenkomst goedkeurt, moet hij, gelet op het bovenstaande, de overeenkomst toetsen op de volgende onderdelen:

96 In de huidige situatie kan het kind bij de draagmoeder in voorkomende gevallen worden erkend door één van de wensouders, zonder rechterlijke beoordeling van de geschiktheid van deze wensouder (zie Hoofdstuk 8, Draagmoederschap binnen Nederland).

97 Artikel 1:212 BW.

- Is de draagmoederschapsovereenkomst zorgvuldig tot stand gekomen? Deze toets ziet onder meer op de afspraken over onkostenvergoedingen en andere betalingen en op afspraken omtrent de keuzevrijheid van de draagmoeder ten aanzien van de bevruchting en de beëindiging van de zwangerschap.
- Zijn er contra-indicaties voor de overdracht van het kind aan de wensouder(s)? Hierbij zal als maatstaf moeten gelden of er een hoog risico op ernstige schade is, zoals zou kunnen blijken uit mogelijke veroordelingen van de wensouders of andere feiten op basis waarvan dit risico kan worden vastgesteld.
- Hebben ten minste één van de wensouders en de draagmoeder hun gewone verblijfplaats in Nederland?
- Staat vast dat het kind ten minste één van de wensouders tot juridische ouder zal hebben en dat het kind een nationaliteit zal hebben vanaf het tijdstip van de geboorte?
- Bestaat er een genetische band tussen de wensouders en het kind? Uitgangspunt is dat dit het geval dient te zijn in verband met de identiteitsvorming van het kind en het beperken van de complexiteit van de situatie. Afwijking van dit uitgangspunt is enkel mogelijk op grond van medische of anderszins zwaarwegende gronden.
- Is de draagmoeder geïnformeerd over de gevolgen van de afspraken? Heeft zij in vrijheid de keuze gemaakt om als draagmoeder op te treden?
- Heeft de draagmoeder onafhankelijk juridisch advies ontvangen?
- Hebben de wensouders én de draagmoeder voorlichting en begeleiding gevolgd? In deze voorlichting moet aandacht worden besteed aan de sociaalpsychologische, fysieke en juridische betekenis van een draagmoederschapstraject, voor de draagmoeder, voor de wensouders en voor het kind. Speciale aandacht dient daarbij uit te gaan naar het belang van het kind bij openheid over de genetische afstamming en over de persoon van de geboortemoeder.
- Zijn er afspraken gemaakt over de wijze waarop het kind op termijn zijn ontstaansgeschiedenis moet kunnen achterhalen?
- Zijn er afspraken gemaakt over de rol (contact/omgang) van de draagmoeder in het leven van het kind?
- Zijn de risico's van de draagmoeder voldoende afgedekt? Bijvoorbeeld doordat een arbeidsongeschiktheidsverzekering en een overlijdens-

risicoverzekering voor de draagmoeder zijn afgesloten voor een redelijk bedrag.⁹⁸

- Hoe staat de partner van de draagmoeder tegenover het draagmoederschap? De instemming van de echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner is, gelet op het anders van rechtswege ontstaande juridische ouderschap, vereist.

Blijkt bij de rechter dat de zwangerschap reeds tot stand is gekomen, dan zal dit als contra-indicatie voor de noodzakelijke zorgvuldigheid van het proces kunnen gelden. De rechter kan hieraan de consequenties verbinden die hij in het belang van het kind noodzakelijk acht.

Het is daarbij wel van belang dat de procedure bij de rechtbank binnen een beperkte termijn is te doorlopen. Voorkomen moet worden dat de duur van de procedure voor wensouders een zelfstandige overweging wordt om de overdracht al dan niet voorafgaand aan het draagmoederschapstraject te doorlopen. Hierom is van belang dat binnen maximaal zes maanden een eindbeslissing in eerste instantie is te verkrijgen.

Verder verloop draagmoederschapstraject

Na goedkeuring door de rechter dient de draagmoederschapsovereenkomst te worden geregistreerd in het ROG (register voor informatie aangaande de ontstaansgeschiedenis van kinderen, zoals beschreven in par. 11.1.5.2). Inschrijving is mogelijk vanaf het tijdstip waarop de rechter zijn goedkeuring heeft gegeven, mits deze zijn beslissing uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard en een zwangerschap is tot stand gekomen. De draagmoederschapsovereenkomst zelf, de herkomst van de gameten en de identiteit van de draagmoeder zullen daarin moeten zijn opgenomen. Met een bewijs van de registratie en de rechterlijke beslissing is het mogelijk voor de wensouders en de draagmoeder om een akte van aanvaarding van het ouderschap te laten opmaken bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. Een afschrift van deze akte wordt verstrekt aan zowel de wensouders als de draagmoeder. Op basis van de door de rechter goedgekeurde overeenkomst kunnen beide wensouders op het tijdstip van de geboorte van het kind de juridische ouders van het kind worden. De Staatscommissie wil bevorderen dat in alle gevallen pas na de goedkeuring van de draagmoederschapsovereenkomst de zwangerschap tot stand zal komen. Bij IVF-draagmoederschap ligt voor de hand dat medici een dergelijke goedgekeurde overeenkomst vereisen voordat wordt mee-

gewerkt aan de totstandkoming van de zwangerschap. Bij traditioneel draagmoederschap is het aan de draagmoeder en de wensouders om te wachten met het traject van de bevruchting totdat de overeenkomst door de rechter is goedgekeurd.

Na de geboorte rust op ieder van de wensouders de verplichting om aangifte van de geboorte te doen,⁹⁹ waarbij de aangifte van één der wensouders uiteraard volstaat. Ook de draagmoeder en ieder ander die bij de geboorte aanwezig is geweest, kan aangifte van de geboorte doen. Daarbij zal het afschrift van de akte(n) van aanvaarding van het ouderschap moeten worden overgelegd of anderszins kenbaar worden gemaakt dat er akten van aanvaarding van het ouderschap zijn opgesteld, opdat de gegevens worden meegenomen bij het opmaken van de geboorteakte. De wensouders worden dan direct als juridische ouders op de geboorteakte vermeld. Overigens worden de gegevens van de draagmoeder en het feit dat het kind uit een draagmoeder is geboren, niet op de akte vermeld. Die gegevens staan in het ROG.

De Staatscommissie heeft in dit verband overwogen of een tweede rechterlijke toetsing na de geboorte noodzakelijk is. Haar verwachting is dat dit voor het gros van de gevallen niet tot een ander oordeel zal leiden en daarmee enkel zal strekken tot bekrachtiging van de overdracht van het juridisch ouderschap. Een tweede rechterlijke toets in alle gevallen heeft tevens het belangrijke nadeel dat niet vanaf de geboorte vaststaat wie de juridische ouders van het kind zijn, en dat de wensouders evenmin vanaf de geboorte het gezag over het kind zullen hebben.

Wel is het noodzakelijk dat de draagmoeder eventuele vóór of na de geboorte ontstane bedenkingen binnen een beperkte periode aan de rechter kan voorleggen. Dit volgt ook uit het recht op eerbiediging van het *family life* van de draagmoeder met het kind.¹⁰⁰ In verband daarmee zal het gedurende die periode ook niet mogelijk moeten zijn voor de wensouders/juridische ouders om, als de draagmoeder de afgifte van het kind weigert, op basis van hun gezagsrecht het kind bij haar op te eisen zonder rechterlijke tussenkomst.¹⁰¹ Voor de bedenkingperiode stelt

99 Vergelijk artikel 1:19e lid 2 BW.

100 Koffeman 2016, p. 42.

101 Artikel 812 Rv stelt dat iedere beschikking betreffende de gezagsuitoefening degene aan wie de minderjarige ingevolge de beschikking wordt toevertrouwd, van rechtswege het recht geeft tot het aan hem doen afgeven van deze minderjarigen, zo nodig met behulp van de sterke arm. Duidelijk zal moeten zijn dat het gezag dat ontstaat op basis van de akte van aanvaarding van het ouderschap door de wensouders, niet leidt tot een dergelijk direct afdwingbaar recht op afgifte van het kind.

de Staatscommissie zes weken voor, naar analogie van de bedenkingstermijn die in het Engelse recht wordt gehanteerd.¹⁰² Deze betrekkelijk korte periode biedt aan de ene kant zo snel mogelijk volledige zekerheid aan alle betrokkenen, maar biedt aan de andere kant de draagmoeder voldoende tijd om na de bevalling haar beslissing te overdenken.

Bedenkingen

Uit ervaringen in het buitenland blijkt dat draagmoederschap, mits zorgvuldig aangepakt, in vrijwel alle gevallen naar tevredenheid van zowel de draagmoeder als de wensouders wordt afgerond. Denkbaar is echter dat betrokkenen zich op enig moment zouden willen terugtrekken uit het traject, bijvoorbeeld omdat de draagmoeder sterker dan zij verwachtte een band met het kind voelt of omdat het kind (een verhoogde kans op) een aandoening blijkt te hebben.

De wensouders kunnen de draagmoeder niet dwingen om haar zwangerschap af te breken. Als zij hiertoe niet bereid is, zullen de wensouders de ouders van een kind worden dat zij zelf wellicht niet geboren hadden laten worden. Dit is een aspect dat uiteraard uitgebreid naar voren zal moeten komen in de verplichte counseling voorafgaand aan het traject. Toch valt niet uit te sluiten dat deze situatie zich zal kunnen voordoen. Een dergelijke situatie is pijnlijk voor alle betrokkenen, in de eerste plaats voor het kind. Het is daarom belangrijk dat de te treffen regeling duidelijk maakt welke mogelijkheden er bestaan tot terugtrekking uit het draagmoederschapstraject. Daarbij neemt de Staatscommissie de vastgelegde en door de rechterlijke beslissing bekrachtigde intentie van alle partijen als uitgangspunt.

Zolang de zwangerschap nog niet tot stand is gekomen, kan niemand worden verplicht het draagmoederschapstraject voort te zetten.

Is de draagmoeder reeds zwanger en zijn eventueel ook de akten van aanvaarding van het ouderschap opgemaakt, dan verschillen de mogelijkheden voor bedenkingen tussen de wensouders en de draagmoeder.

Met gemeenschappelijke instemming is een verzoek tot doorhaling van de eventuele akte mogelijk. Wel zal de rechter in dat geval toetsen of de doorhaling van de akte in het belang van het kind is, voor zover de draagmoeder de intentie heeft om de zwangerschap voort te zetten.

Willen enkel de wensouders zich terugtrekken, dan geldt in beginsel dat zij zijn gebonden aan hun vastgelegde intentie. Alleen als de draagmoeder zwanger is geworden op andere wijze dan overeengekomen, en desondanks de wensouders wil houden aan de draagmoederschapsovereenkomst, zouden de wensouders een mogelijkheid moeten hebben om ontbinding van de overeenkomst, doorhaling van de akte van aanvaarding van het ouderschap en schrapping uit het ROG te verzoeken. Dan zal moeten vaststaan dat het kind niet genetisch verwant is met een van de wensouders, terwijl dat wél de bedoeling was volgens de draagmoederschapsovereenkomst. Of, in uitzonderingsgevallen, zal moeten vaststaan dat het kind niet genetisch verwant is met de in de draagmoederschapsovereenkomst aangewezen donor. Daarbij zal sprake moeten zijn van bedreiging, dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden.¹⁰³ De wensouders kunnen dit verzoek indienen tijdens de zwangerschap of gedurende de bedenkingstermijn van zes weken na de geboorte. Een mogelijkheid van vernietiging van de aanvaarding van het ouderschap op een later moment acht de Staatscommissie niet in het belang van het kind, temeer omdat de vernietiging ertoe leidt dat het kind beide wensouders als juridische ouders verliest. Draagmoederschap wijkt in die zin dan ook af van de situatie bij een ‘reguliere’ ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning, waarvoor telkens een termijn van één jaar geldt. In die gevallen behoudt het kind immers altijd de geboortemoeder als juridisch ouder. Als de wensouders pas op een later moment ontdekken dat zij zijn bedrogen, bestaat voor hen geen mogelijkheid om het ouderschap te ontkennen. Voor het kind is die mogelijkheid er wél.

Tijdens de zwangerschap is ook de draagmoeder in beginsel gebonden aan haar eerder vastgelegde intentie. Maar de draagmoeder blijft vrij om, binnen de kaders van de Wet afbreking zwangerschap, te kiezen voor abortus. Wel zal zij, als zij ook niet langer beschikbaar is als draagmoeder, moeten verzoeken om een bevel doorhaling van de akten van aanvaarding van het ouderschap. De rechter zal, nadat is vastgesteld dat de draagmoeder niet (langer) zwanger is, doorhaling gelasten zonden verdere belangenafweging.

Maar ook als de draagmoeder ervoor kiest om het kind geboren te laten worden, kan zij de rechter verzoeken om ontbinding van de draagmoederschapsovereenkomst c.q. een bevel tot doorhaling van de akte van

aanvaarding van het ouderschap. De rechter zal het verzoek inhoudelijk dienen te beoordelen en een belangenafweging moeten maken. Hij zal daarbij het belang van het kind voorop moeten stellen. Dit belang is reeds gewogen bij de goedkeuring van het draagmoederschapstraject. De draagmoeder zal nieuwe omstandigheden moeten aandragen waarom de toetsing thans anders zou moeten uitvallen. De eerder vastgestelde gezamenlijke intentie van de draagmoeder en de wensouders geldt daarmee nog steeds als uitgangspunt. De eventuele genetische verwantschap van de draagmoeder met het kind en van de wensouders met het kind zal eveneens een rol kunnen spelen in de rechterlijke beoordeling.

Aanbeveling:

57. Tot het tijdstip van de geboorte en gedurende zes weken daarna kan de draagmoeder een verzoek richten tot de rechter om de draagmoeder-schapsovereenkomst te ontbinden en de eventueel reeds opgemaakte akte(n) van aanvaarding van het ouderschap te doen doorhalen en aan haarzelf het juridisch ouderschap toe te kennen.
58. De wensouders hebben slechts zeer beperkte mogelijkheden om zich terug te trekken uit de draagmoederschapsovereenkomst, te weten in geval van bedrog of dwaling.

11.4.4 INTERNATIONAAL DRAAGMOEDERSCHAP

Internationaal draagmoederschap brengt een aantal specifieke risico's met zich, die in de eerste plaats verband houden met het feit dat niet in alle landen de positie van het kind en de draagmoeder voldoende is gewaarborgd. De risico's variëren van onzekerheid over de ontstaans-geschiedenis van het kind tot kinderkoop, kinderhandel en/of uitbui-ting van de draagmoeder (zie ook eerder par. 11.4.1). Daarbij dreigt bij internationaal draagmoederschap onzekerheid over erkenning binnen Nederland van het juridisch ouderschap van de wensouders, zoals dat is ontstaan in het land waar de draagmoeder woont. Dit kan zelfs staat-loosheid van het kind tot gevolg hebben.

Internationaal draagmoederschap bemoeilijkt het voor het kind om de eigen ontstaansgeschiedenis te achterhalen: gegevens over de gebruikte gameten en de identiteit van de draagmoeder zullen niet noodzakelijker-wijs laagdrempelig en onafhankelijk van de wensouders beschikbaar zijn. Bovendien is het voor de Nederlandse rechter moeilijk om de omstan-

digheden waaronder het draagmoederschap heeft plaatsgevonden, te controleren. Daarmee zijn de draagmoeder en het kind extra kwetsbaar in geval van internationaal draagmoederschap.

Internationaal draagmoederschap kan derhalve tot grote problemen leiden die niet eenzijdig door Nederland zijn op te lossen.¹⁰⁴ Nederland wordt thans en zal in de toekomst geconfronteerd blijven worden met Nederlandse wensouders die kiezen voor internationaal draagmoederschap. Het is daarom van belang om duidelijk te maken onder welke voorwaarden het juridisch ouderschap van wensouders binnen Nederland kan worden erkend.

Buitenlandse geboorteakten waarop niet de geboortemoeder is vermeld, worden op dit moment in Nederland niet erkend, ook niet als anderszins wél is geregistreerd wie de geboortemoeder is. Dit treft mannenparen meer dan paren van verschillend geslacht. Bij deze laatsten zal immers niet altijd direct duidelijk zijn dat de geboorteakte niet overeenkomt met de feitelijke situatie. Wordt inschrijving van een geboorteakte bij de burgerlijke stand op deze grond geweigerd, dan wordt dit in de praktijk opgelost door een vervangende geboorteakte op te maken¹⁰⁵ met daarop in elk geval de naam van de geboortemoeder en daarnaast eventueel een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van of erkenning door een tweede ouder. Dit betekent in ieder geval een langere periode waarin onzekerheid bestaat over de erkenning van het juridisch ouderschap van wensouders in Nederland en mogelijk ook over het antwoord op de vraag of het kind tot Nederland mag worden toegelaten dan wel in Nederland mag verblijven (zie hierover verder Hoofdstuk 10, Juridisch ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief).

De Staatscommissie acht het wenselijk dat voor internationaal draagmoederschap duidelijk komt vast te staan wat de erkenningskansen in Nederland zijn. De Staatscommissie is van oordeel dat de erkenning van buitenlands draagmoederschap afhankelijk moet zijn van het antwoord op de vraag of aan dezelfde uitgangspunten is voldaan als die welke gelden voor de Nederlandse regeling. Kernpunt is daarbij dat er sprake moet zijn geweest van een rechterlijke toets op de zorgvuldigheid van

104
105

Zie HCCH 2014-1 (*The Study*), p. 64 e.v.
Artikel 1:25c BW.

het proces. De rechter moet hebben vastgesteld dat de draagmoeder vrijwillig heeft ingestemd met het draagmoederschap. Daarnaast dient vast te staan dat de informatie over de ontstaansgeschiedenis (op termijn) beschikbaar zal zijn voor het kind. Dit betekent dat geen gebruik mag zijn gemaakt van gameten van anonieme donoren. Uitgangspunt is eveneens dat uit de stukken blijkt dat ten minste één van de wensouders/juridische ouders tevens de genetische ouder van het kind is. Wordt aan deze vereisten voldaan, dan komt de betrokken geboorteakte in aanmerking voor directe inschrijving in de registers van de burgerlijke stand, ook als daarop de geboortemoeder niet is vermeld. Zo mogelijk dient de informatie over de ontstaansgeschiedenis direct te worden geregistreerd in het ROG (register voor informatie over de ontstaansgeschiedenis). In ieder geval moet worden geregistreerd waar deze informatie voor het kind is te achterhalen.

Een door de bevoegde autoriteiten in het buitenland na zorgvuldig onderzoek opgemaakte geboorteakte van een in het buitenland geboren kind,¹⁰⁶ waarop de geslachtsnamen van de wensouders staan en niet de geslachtsnaam van de geboortemoeder, zonder dat hieraan een rechterlijke beslissing is voorafgegaan, wordt in Nederland niet erkend.¹⁰⁷ Dit dient naar het oordeel van de Staatscommissie zo te blijven. Een rechterlijke toets is naar haar mening een essentiële voorwaarde voor het accepteren van een akte waarop de geboortemoeder niet is vermeld. In andere gevallen zal aan de Nederlandse rechter een verzoek moeten worden gedaan tot vaststelling van de gegevens die noodzakelijk zijn voor het opmaken van een vervangende geboorteakte. De rechter zal bij zijn beslissing steeds het belang van het kind dat in het buitenland is geboren uit een draagmoeder, in ogenschouw moeten nemen; het kind heeft belang bij een zorgvuldige beoordeling van zijn huidige en toekomstige positie.

106
107

Zoals plaatsvindt in Oekraïne en India.
Rb. Den Haag 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197 en Rb. Den Haag 18 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:417.

Aanbevelingen:

59. Internationaal draagmoederschap dat tot stand is gekomen na een rechterlijke toets en dat ook overigens voldoet aan de uitgangspunten van de Nederlandse regeling (waarborgen voor vrije instemming van de geboortemoeder, waarborgen voor achterhaalbaarheid van de ontstaansgeschiedenis voor het kind, ten minste één wensouder is genetisch ouder), komt in aanmerking voor erkenning in Nederland.
60. In de wet moet duidelijk worden vastgelegd onder welke voorwaarden de erkenning van het in het buitenland ontstane juridische ouderschap na draagmoederschap in Nederland mogelijk is.

11.4.5 AANPASSING STRAFWETGEVING

De huidige (straf)wetgeving rond draagmoederschap, in het bijzonder het verbod op bemiddeling en adverteren voor draagmoederschap of de opnemng van kinderen jonger dan zes maanden in het eigen gezin, is gebaseerd op een ontmoedigingsbeleid. Wensouders die toch gebruik willen maken van een draagmoeder in Nederland, kunnen door het verbod op adverteren moeilijk een draagmoeder op het spoor komen. Dit werkt in de hand dat zij hun toevlucht zoeken tot het buitenland waar wél mag worden bemiddeld tussen draagmoeders en wensouders. In dat geval komt draagmoederschap buiten het zicht van de Nederlandse overheid te liggen. Het strafrechtelijk kader kan organisaties ook afschrikken om voorlichting over draagmoederschap te geven, terwijl goede voorlichting vooraf wenselijk is in het belang van het kind, de draagmoeder en de wensouders. De huidige strafbepalingen sluiten dan ook niet meer goed aan op een toekomstige situatie waarin het familierecht een regeling kent voor draagmoederschap.

Tegelijkertijd zou het vrijgeven van de bemiddeling voor draagmoederschap kunnen leiden tot een draagmoedermarkt waarbij bemiddelende commerciële partijen draagmoederschap als dienst aanbieden. Het treffen van een familierechtelijke draagmoederschapsregeling mag dan mogelijk leiden tot een zekere normalisering van draagmoederschap, het is niet de bedoeling van de Staatscommissie dat draagmoederschap als normale dienst wordt vrijgegeven. Commerciële bemiddeling acht de Staatscommissie in strijd met de menselijke waardigheid van de betrokken kinderen en een potentieel gevaar voor de zorgvuldigheid van het draagmoederschapstraject.

De Staatscommissie adviseert om het huidige bemiddelingsverbod om te vormen naar eenzelfde vorm als de strafrechtelijke regeling voor de afstand van een kind. Bemiddeling bij en openbaarmaking door derden van de bereidheid van vrouwen om als draagmoeder op te treden en bemiddeling bij de zoektocht van wensouders naar een draagmoeder blijven verboden, maar op basis van een ontheffing door de raad voor de kindbescherming kunnen door hem aangewezen instellingen bemiddelen tussen draagmoeders en wensouders of een platform bieden waarbinnen draagmoeders en wensouders elkaar kunnen vinden. Deze ontheffing zou naar het oordeel van de Staatscommissie enkel moeten worden gegeven aan rechtspersonen en natuurlijke personen die optreden zonder winstoogmerk. De Staatscommissie acht het daarbij wel wenselijk dat de kaders voor het verlenen van ontheffing zullen worden neergelegd in een formele regeling om de democratische legitimatie en kenbaarheid van de mogelijkheden voor ontheffing te waarborgen. Voor draagmoeders en wensouders zelf zou het verbod om openbaar te maken dat zij beschikbaar zijn als draagmoeder of op zoek zijn naar een draagmoeder, moeten komen te vervallen.

Daarnaast adviseert de Staatscommissie te komen tot een afzonderlijke strafbaarstelling van kinderkoop. Iedere betaling voor een kind zou strafbaar moeten worden gesteld, wellicht zelfs als universeel delict. Een strafbaarstelling van kinderkoop is naar het oordeel van de Staatscommissie een nuttige aanvulling op het verbod van mensenhandel, waarin de delictsomschrijving uitbuiting een rol speelt.

In het verlengde van het verbod op kinderkoop zou het doen van betalingen aan de draagmoeder strafbaar moeten worden gesteld, voor zover deze betalingen de door de rechter goedgekeurde bedragen te boven gaan. Goedgekeurde betalingen zouden enkel moeten zijn toegestaan voorafgaand aan de totstandkoming van de zwangerschap of in maandelijkse termijnen gedurende en na afloop van de zwangerschap.

Aandacht verdient ook nog de positie van de draagmoeder tijdens de zes weken na de geboorte waarin zij zich nog kan verzetten tegen de overdracht van het juridisch ouderschap. Als zij in die periode het kind bij zich houdt tegen de zin van de wensouders in, maakt zij zich mogelijk schuldig aan de onttrekking van een minderjarige aan het wettig gezag.¹⁰⁸

De Staatscommissie is van mening dat een strafrechtelijke aanpak van de draagmoeder in die gevallen onmogelijk moet zijn voordat de rechter heeft geoordeeld over het verzoek om te bevelen de akte(n) van aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap door te halen, of een daarmee samenhangende voorlopige voorziening over de verblijfplaats van het kind te treffen.

Ten slotte moet duidelijk zijn dat de geboorteaangifte van een kind waarvoor een akte van aanvaarding van het ouderschap is afgegeven, zonder dat deze akte wordt overgelegd of hiervan anderszins melding wordt gemaakt, kan leiden tot het strafbare feit ‘verduistering van staat’.¹⁰⁹ Indien een van de betrokken partijen zich wenst te onttrekken aan de gevolgen van de akte van aanvaarding van het ouderschap, bestaat hiervoor slechts één weg – en dat is de doorhaling van deze akte op last van de rechter.

Aanbevelingen:

61. Het doen van een geboorteaangifte zonder dat de akte van aanvaarding van het ouderschap wordt overgelegd of hiervan anderszins melding wordt gemaakt, kan leiden tot het strafbare feit ‘verduistering van staat’.
62. Het huidige bemiddelingsverbod zou moeten worden aangepast tot een stelsel waarbij ontheffing voor organisaties en personen zonder winst-oogmerk mogelijk wordt. De openbaarmaking van de wens om draagmoeder te worden, dan wel om een draagmoeder te vinden, zou niet langer strafbaar moeten zijn.
63. Stel het kopen van kinderen afzonderlijk strafbaar, wellicht als universeel delict.
64. Stel het doen van betalingen aan de draagmoeder die de door de rechter goedgekeurde bedragen te boven gaan, strafbaar.

11.4.6 BESCHIKBAARHEID IVF-DRAAGMOEDERSCHAP

Voor IVF-draagmoederschap gelden nog de volgende overwegingen. Tot voor kort was IVF-draagmoederschap op basis van de richtlijnen van de beroepsgroep slechts voor een beperkte groep toegankelijk. Met het nieuwe NVOG-standpunt is hierin verandering gekomen.¹¹⁰ Dit standpunt

109
110

Artikel 236 Sr.
NVOG 2016.

zal dan wel moeten worden verankerd in de bestaande wettelijke kaders voor het aanbieden van IVF-behandelingen. Ziekenhuizen kunnen echter een eigen, restrictiever beleid voeren op dit terrein. Nog steeds wordt IVF-draagmoederschap binnen Nederland slechts in één ziekenhuis aangeboden. Dit plaatst zowel de betrokken artsen als de patiënten in een precare positie. Voor wensouders is het enige alternatief een gang naar het buitenland. De druk op de betrokken artsen is daardoor groot, waardoor de behoefte aan strikte toegangsvoorwaarden ook groot zal zijn. De Staatscommissie acht het dan ook wenselijk dat er ten minste een tweede ziekenhuis bereid wordt gevonden om IVF-draagmoederschap aan te bieden.

De medische begeleiding van ouders met een kinderwens voor wie draagmoederschap de aangewezen weg is, is echter complex. Uit de gesprekken die de Staatscommissie heeft gevoerd met medici, blijkt dat de financiering van de behandeling een van de redenen is waarom er weinig animo bestaat voor het aanbieden van deze behandeling. Deze financiering is gebaseerd op een eenvoudige IVF-behandeling. De financiering blijkt daarmee tekort te schieten. Uit de gesprekken met medici blijkt dat dit overigens ook geldt voor andere complexere IVF-behandelingen waarbij uitgebreidere counseling is aangewezen. De Staatscommissie adviseert dan ook de financiering van complexere IVF-behandelingen nader te bezien. Daarbij zou ook de vraag in welke gevallen draagmoederschap binnen het basispakket moet worden gefinancierd, aan de orde dienen te komen. Een opvatting hierover gaat de opdracht van de Staatscommissie te buiten.

Aanbevelingen:

65. De overheid zou zich moeten beraden op de financiering van complexere IVF-behandelingen, waarbij ook de vraag in welke gevallen draagmoederschap binnen het basispakket moet worden gefinancierd, aan de orde dient te komen.

11.5 TEN SLOTTE

In het voorgaande is de Staatscommissie ingegaan op een groot aantal onderwerpen op het terrein van juridisch ouderschap, gezag, juridisch meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap. Hoewel zij heeft getracht deze onderwerpen zorgvuldig en diepgravend te behandelen, is zij zich ervan bewust dat de voorstellen tot verandering niet in al hun consequenties of tot in details zijn uitgewerkt. Hiervoor wordt verwezen naar de bijgevoegde tekstvoorstellen voor wijziging van Boek 1 BW (zie Bijlage I). Tegelijkertijd wil zij hier reeds duidelijk maken dat haar overwegingen op een aantal aspecten nader onderzoek behoeven. Hieronder volgt een opsomming van deze aspecten.

Fiscale consequenties

Met name juridisch meerouderschap en meeroudergezag kunnen fiscale consequenties hebben. De indruk bestaat binnen de Staatscommissie dat de fiscale consequenties van deze regelingen gering zullen zijn. Waar nodig zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de huidige regelingen voor co-ouderschap.

Nationaliteit

De Staatscommissie gaat bij meerouderschap uit van juridisch ouderschap met al de hieraan verbonden consequenties. Nationaliteit is er daar één van. Dit zou kunnen leiden tot het vaker voorkomen van het ontstaan van een meervoudige nationaliteit bij kinderen. Of het kind ook daadwerkelijk de nationaliteit van de juridische ouders krijgt, zal mede afhankelijk zijn van het antwoord op de vraag of de juridische ouderschapsband als onderdeel van meerouderschap zal worden erkend in het land van de nationaliteit van de desbetreffende juridische ouder.

Vreemdelingenrecht

De Staatscommissie is zich ervan bewust dat de introductie van juridisch meerouderschap en draagmoederschap vragen oproept met betrekking tot de consequenties voor het vreemdelingenrecht. Met name kan hierbij worden gedacht aan de mogelijkheid dat een beroep op een verblijfsrecht wordt gedaan als ouder van een Nederlands kind. De Staatscommissie acht het evident dat juridisch meerouderschap niet zou mogen leiden tot aanspraken van de ouders op een verblijfsrecht binnen Nederland, die anders niet een dergelijke aanspraak zouden hebben. Immers, dan zou juridisch meerouderschap mogelijk een sluiproute in de

richting van een verblijfsrecht worden. Voor zover de Staatscommissie kan overzien, is daarvan echter geen sprake zolang ten minste één van de wensouders rechtmatig verblijf binnen de Europese Unie heeft.¹¹¹ Het voorgestelde kader voorziet hierin.

Erfrecht

De Staatscommissie is niet uitgebreid ingegaan op de gevolgen van juridisch meerouderschap of draagmoederschap voor het erfrecht. Uitgangspunt zou wat betreft de Staatscommissie moeten zijn dat het kind in de normale erfrechtelijke positie komt te staan ten opzichte van al zijn juridische ouders. Bij draagmoederschap betekent dit dat het kind vanaf de afgifte van de akte(n) van aanvaarding van het ouderschap de erfgenaam van de wensouders/juridische ouders is.¹¹² Bij juridisch meerouderschap betekent dit dat het kind van al zijn juridische ouders de wettige erfgenaam wordt (artikel 4:10 lid 1 aanhef en onder a slot ('diens kinderen') in verbinding met lid 3 BW).

Onderhoudsverplichtingen

De Staatscommissie heeft de onderhoudsverplichtingen niet uitgebreid betrokken in haar onderzoek. Wel acht zij het wenselijk dat de bestaande onderhoudsverplichtingen in het licht van de door haar voorgestelde wijzigingen worden gezien op nut en noodzaak. Daarbij wijst zij met name op het gegeven dat de verantwoordelijkheid van de verwekker voor het ontstaan van het kind thans niet in alle gevallen leidt tot een gedeelde onderhoudsverplichting. Als het kind reeds twee juridische ouders heeft, bestaat er in beginsel¹¹³ geen onderhoudsverplichting voor een verwekker. De Staatscommissie adviseert deze beperking te schrappen. Wie verantwoordelijk is voor de totstandkoming van de zwangerschap dient naar draagkracht bij te dragen aan de verzorging en opvoeding van het kind. Dit geldt voor de geboortemoeder, de verwekker, de instemmende levensgezel en de donor met wie is afgesproken dat hij een vaderrol in het leven van het kind zal spelen.

111 Zie ABRvS 9 augustus 2013, AB 2013/355, m.nt. P.R. Rodrigues en CRvB 17 december 2012, AB 2013/257, m.nt. I. Sewandono.

112 Met toepassing van artikel 1:2 BW.

113 Zie voor een uitzondering op de in artikel 1:394 BW neergelegde hoofdregel: HR 18 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9841, AA 2011, p. 640-643, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*verwekker naast juridische vader onderhoudsplichtig?*).

Daarbij wijst de Staatscommissie erop dat er nu een algemene onderhoudsverplichting van kinderen jegens hun juridische ouders bestaat, althans als laatstgenoemden behoeftig zijn (artikel 1:392 lid 1 aanhef en onder b en lid 2 BW). Dit zou tot onbillijke uitkomsten kunnen leiden waar het kind voor al zijn juridische ouders zal moeten voorzien in een bijdrage in het onderhoud, of als er sprake zou zijn van een indirecte onderhoudsverplichting van verschillende ouders jegens elkaar via het minderjarige kind.¹¹⁴ De Staatscommissie adviseert de onderhoudsverplichting van het kind jegens zijn juridische ouders nader te bezien.

Aanbevelingen:

66. De beperking dat een verwekker geen onderhoudsverplichting heeft jegens een kind als dit reeds twee juridische ouders heeft, schrappen.
67. De algemene onderhoudsverplichting van kinderen jegens hun juridische ouders heroverwegen.

Naamrecht

Ten slotte moet nog worden gewezen op het naamrecht. De Staatscommissie heeft geen voorstellen gedaan op het terrein van het naamrecht. Dit was haar overigens ook niet opgedragen. In 2009 is in opdracht van de toenmalige Minister van Justitie een rapport uitgebracht over de herziening van het naamrecht.¹¹⁵ Het kabinet heeft geen prioriteit verleend aan de uitvoering van de voorgestelde aanpassingen van het wettelijk naamrechtstelsel. Om die reden adviseert de Staatscommissie om voorlopig aan te sluiten bij de huidige wetgeving. Ook in geval van juridisch meerouderschap zal aansluiting moeten worden gezocht bij de huidige wettelijke systematiek.

Consequenties voorstellen voor internationaal privaatrecht

De Staatscommissie heeft in het voorgaande diverse voorstellen gedaan tot aanpassing van het materiële Nederlandse familierecht. Zoals aangegeven in Hoofdstuk 10, Juridisch ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief, is een belangrijk aandachtspunt dat de wetgever de erkenningskansen van in Nederland

114
115

Artikel 62 Participatiewet.
Werkgroep liberalisering naamrecht, *Bouwstenen voor een nieuw naamrecht*, Kamerstukken II 2009/10, 32123-VI, 121, bijlage.

ontstane familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kinderen, die in andere landen van de wereld (nog) niet mogelijk zijn, zoveel mogelijk vergroot. Waar immers in Nederland nieuwe vormen van juridisch ouderschap en gezag in de toekomst mogelijk zullen zijn, kunnen kinderen en ouders veel last ondervinden van het feit dat het in Nederland tot stand gekomen juridisch ouderschap en het hier te lande tot stand gekomen gezag in het buitenland niet overal worden erkend. De Staatscommissie adviseert de wetgever de regelgeving tot aanpassing van het materiële Nederlandse familierecht zoveel mogelijk zodanig in te richten, dat de erkenningskansen in het buitenland worden geoptimaliseerd.

Tevens acht de Staatscommissie het van belang dat ouders en kinderen die in Nederland wonen, zoveel mogelijk kunnen profiteren van de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt om hun gezin juridisch vorm te geven, ook als die gezinsvorm in het buitenland niet bestaat. Hierbij kan vooral worden gedacht aan het ontstaan van juridisch ouderschap over een kind dat in Nederland wordt geboren in een gezin dat bestaat uit ouders met een buitenlandse nationaliteit. In dat geval moet, om te kunnen bepalen wie als ouder(s) op de in Nederland op te maken geboorteakte van het kind word(t)(en) vermeld, eerst het op de afstamming van het kind toepasselijk recht worden vastgesteld. Als buitenlands afstammingsrecht van toepassing is vanwege de gemeenschappelijke nationaliteit van betrokkenen, zal juridisch meerouderschap in de praktijk in verreweg de meeste gevallen niet mogelijk zijn. Hetzelfde geldt momenteel al voor het van rechtswege ontstaan van juridisch ouderschap van een duomoeder. Denkbaar is dat de wetgever bepaalt dat, als vestiging van een afstammingsband met een duomoeder of met meer dan twee ouders niet mogelijk blijkt op grond van het toepasselijke buitenlandse afstammingsrecht, omdat dit recht deze mogelijkheid niet kent, in de conflictregeling voor afstamming in Boek 10 BW een begunstigingsregel wordt opgenomen, die aansluit bij de gewone verblijfplaats van het kind. Is dat Nederland, dan kan op de vaststelling van de juridische afstamming Nederlands recht worden toegepast en kan dus, mits aan de voorwaarden is voldaan, een afstammingsband met een duomoeder of met meerdere ouders worden gevestigd. Een begunstigingsregel die aansluit bij de gewone verblijfplaats van het kind, heeft als voordeel dat de positie van een in Nederland wonend kind dat ouders met een buitenlandse nationaliteit heeft, op gelijke wijze kan worden beschermd als de positie van Nederlandse kinderen.

Aanbeveling:

68. Advies inwinnen van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht voor de consequenties van de voorstellen voor het internationaal privaatrecht.

Financiële consequenties

De Staatscommissie heeft meerdere voorstellen gedaan met meer of minder ingrijpende financiële consequenties. Een aantal in het oog springende voorbeelden: het inrichten van een register voor het vastleggen van de ontstaansgeschiedenis van kinderen (ROG), het onderbrengen van het gezagsregister in de basisregistratie personen (BRP), het verbreden van de informele rechtsingang en van het hoorrecht van kinderen, het openen van de mogelijkheid van juridisch meerouderschap en het invoeren van eenvoudige adoptie. De financiële gevolgen van haar voorstellen heeft de Staatscommissie niet uitvoerig kunnen onderzoeken. De Staatscommissie realiseert zich dat haar voorstellen financiële consequenties zullen hebben, maar meent dat de belangen en de rechten van kinderen hieraan niet ondergeschikt kunnen worden gemaakt.



Bijlage I WETTEKSTEN

Onderstaand volgt een schets van de aanbevolen wijzigingen in de titels 1, 11, 12 en 14 van Boek 1 BW op hoofdlijnen. De Staatscommissie is zich bewust van het feit dat bij de uitwerking van de voorstellen in een uiteindelijk wetsvoorstel diverse details nog nader dienen te worden uitgewerkt. Bij de formulering van de wetteksten is de nieuwe terminologie, zoals geïntroduceerd in het kader van het Programma Kwaliteit en Innovatie Rechtspraak (KEI), *Stb.* 2016, 288, 289 en 290, door de Staatscommissie nog niet meegenomen. Diverse bepalingen zijn mede afhankelijk van de praktische vormgeving van bepaalde wijzigingen in bijvoorbeeld de Wet basisregistratie personen (Wet BRP), het gezagsregister of Boek 10 BW. Ook is geen rekening gehouden met eventueel noodzakelijke omnummeringen die dienen te worden doorgevoerd.

De Staatscommissie volstaat met zoveel mogelijk weer te geven hoe de artikelen die betrekking hebben op de belangrijkste voorstellen, zouden kunnen gaan luiden. Een daadwerkelijke wetswijziging zou een andere, minder leesbare, vorm behelzen. Ten behoeve van de leesbaarheid is gekozen voor een geconsolideerde versie van de voorstellen voor wijziging. Bepalingen die vooralsnog geen wijziging behoeven, zijn slechts in de schets opgenomen voor zover zij van belang zijn voor het begrip van de voorgestelde regeling als geheel. Overeenkomstig het verzoek van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap hebben wij zoveel als mogelijk afgezien van vermelding van het geslacht (zie Bijlage VIII).

Schakelbepalingen of bepalingen waarin verwijzingen voorkomen naar onder het huidig recht geldende bepalingen, dienen bij de uitwerking van de herziene regeling te worden aangepast; deze worden in het navolgende niet verder behandeld.

TITEL 1. ALGEMENE BEPALINGEN

ARTIKEL 1

1. Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.
2. Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, worden niet geduld.

Toelichting:

De bepaling is ongewijzigd.

ARTIKEL 2

Het kind van wie een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aange-merkt zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

Toelichting:

De bepaling is ongewijzigd, op een redactionele aanpassing na.

ARTIKEL 3

1. De graad van verwantschap wordt bepaald door het getal der geboorten die de verwantschap hebben veroorzaakt. Hierbij telt een aanvaarding van het ouderschap, een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of een adoptie als een geboorte.
2. Door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstaat tussen de ene echtgenoot dan wel de ene geregistreerde partner en een verwant van de andere echtgenoot dan wel de andere geregistreerde partner aanverwantschap in dezelfde graad als er verwantschap bestaat tussen de andere echtgenoot dan wel de andere geregistreerde partner en diens verwant.
3. Door het eindigen van het huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt de aanverwantschap niet opgeheven.

Toelichting:

Hier is bloedverwantschap vervangen door verwantschap. Voorts is rekening gehouden met het hernoemen van de erkenning tot aanvaarding van het ouderschap.

TITEL 11. VERWANTSCHAP*Afdeling 1. Algemeen en begripsbepalingen***ARTIKEL 197**

Een kind, zijn ouders en hun verwanten staan in familierechtelijke betrekking tot elkaar.

Toelichting:

Bloedverwantschap is hier vervangen door verwantschap. Zie ook het aldus gewijzigde artikel 3.

ARTIKEL 197a

Voor de toepassing van deze titel wordt verstaan onder:

- geboortemoeder: de vrouw uit wie het kind is geboren;
- draagmoeder: de vrouw die zwanger is of wil worden met het voornemen het kind te dragen en te baren ten behoeve van een ander.

*Afdeling 2. Ouderschap van rechtswege***ARTIKEL 198¹**

Ouder van een kind is:

- a. de geboortemoeder, tenzij vóór de geboorte een akte van aanvaarding als bedoeld in artikel 205 is opgemaakt;
- b. de persoon die op het tijdstip van de geboorte van het kind door een huwelijk of geregistreerd partnerschap is verbonden met de geboortemoeder, of de persoon van wie het huwelijk of geregistreerd

1

Zie ook het vergelijkbaar voostel van C. Waaldijk, 'Vijftien jaar openstelling huwelijk. Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht', AA 2016/4.

partnerschap met de geboortemoeder binnen 306 dagen vóór de geboorte van het kind door de dood is ontbonden, zelfs indien de geboortemoeder was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren, tenzij vóór de geboorte een akte van aanvaarding als bedoeld in artikel 205 is opgemaakt;

- c. de persoon die het ouderschap heeft aanvaard;
- d. de persoon van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. de persoon die het kind heeft geadopteerd.

Toelichting:

Het ontstaan van het ouderschap is hier sekseneutraal omschreven. De huidige artikelen 198 en 199 zijn in elkaar gevlochten.

In het eerste lid, onder a en b, wordt door de verwijzing naar artikel 205 verzekerd dat de draagmoeder en haar eventuele echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner na het opmaken van een akte van aanvaarding niet langer de ouders van het kind zullen zijn.

Afdeling 3. Aanvaarding van het ouderschap

Paragraaf 1. Algemeen

ARTIKEL 199

1. Aanvaarding van het ouderschap kan geschieden:
 - a. bij akte van aanvaarding, opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand;
 - b. bij notariële akte die geen uiterste wilsbeschikkingen inhoudt.
2. De aanvaarding heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop zij heeft plaatsgevonden.

Toelichting:

Dit is het bestaande artikel 203. NB: de akte van aanvaarding van meerouderschap of na draagmoederschap kan enkel worden opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand, zoals blijkt uit de artikelen 202

lid 1 en 205 lid 1. Dit is in het belang van de kenbaarheid van de gevolgen van een dergelijke akte. De Staatscommissie heeft geen standpunt ingenomen over nut en noodzaak van het in stand blijven van de mogelijkheid van een notariële akte. De toevoeging aan het eerste lid, onder b, wordt voorgesteld ter verduidelijking. Naar huidig recht is nog steeds de discussie of een kind in een testament kan worden erkend. Dat is niet het geval, gelet op artikel 20a Wet op het Notarisambt, maar blijkt in de praktijk tot verwarring te leiden.

ARTIKEL 200

1. Een minderjarige kan het ouderschap niet aanvaarden, noch als geboortemoeder toestemming geven voor de aanvaarding van het ouderschap door anderen.
2. In afwijking van het vorige lid kan een minderjarige die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt en de verwekker van het kind is, het ouderschap aanvaarden nadat daartoe toestemming van de rechtbank is verkregen.

Toelichting:

Het vereisen van meerderjarigheid sluit aan bij de aanpassing aan de voorwaarden voor het huwelijk en geregistreerd partnerschap, en komt voort uit het gezichtspunt van de Staatscommissie dat het aanvaarden van ouderschap een volwassenen aangelegenheid is. De mogelijkheid tot een verzoek om meerderjarigverklaring wordt tegelijkertijd uitgebreid naar de minderjarige man die het ouderschap over een kind wenst te aanvaarden, zie artikel V.

Paragraaf 2. Aanvaarding door één persoon

ARTIKEL 201

1. De aanvaarding is nietig, indien zij is gedaan:
 - a. door een persoon die krachtens artikel 41 geen huwelijk met de geboortemoeder mag sluiten of krachtens artikel 80a, vijfde lid, geen geregistreerd partnerschap met de geboortemoeder mag aangaan;

- b. indien het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de ouder;
 - c. zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het kind van acht jaar of ouder;
 - d. terwijl er twee ouders zijn, tenzij de rechtbank hiervoor toestemming heeft verleend als bedoeld in artikel 202.
2. De in het vorige lid onder b en c vereiste toestemming kan ook worden verleend ter gelegenheid van het opmaken van de akte van aanvaarding.
3. De toestemming van de geboortemoeder wier kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, dan wel de toestemming van het kind van acht jaar of ouder, kan op verzoek van de persoon die het ouderschap over het kind wil aanvaarden, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, tenzij dit de belangen van de geboortemoeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt, mits deze persoon de genetische ouder van het kind is en in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.
4. De toestemming van de geboortemoeder wier kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, dan wel de toestemming van het kind van acht jaar of ouder, kan tevens op verzoek van de persoon die het ouderschap over het kind wil aanvaarden, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen als dit in het belang van het kind is, mits deze persoon:
- a. de verwekker van het kind is die niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat; of
 - b. als levensgezel van de geboortemoeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

5. Een persoon die wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele staat, mag het ouderschap slechts aanvaarden nadat daartoe toestemming van de kantonrechter is verkregen.

Toelichting:

Artikel 201 is het huidige artikel 204 met enkele aanpassingen. Ten eerste is de leeftijdseis voor de persoon die wil aanvaarden, hier geschrapt en verplaatst naar artikel 200. In beginsel kan een minderjarige het ouderschap niet aanvaarden behoudens de uitzondering van artikel 200, tweede lid. De leeftijdsgrens voor toestemming van het kind is verlaagd naar acht jaar. Ook is de positie van de verwekker genuanceerd. Alleen een verwekker die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, heeft een voorkeurspositie voor de vervangende toestemming tot aanvaarding, op gelijke voet met andere mogelijke genetische ouders van het kind die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan. Hierdoor wordt duidelijk dat eenzelfde recht toekomt aan de genetische vader die niet de verwekker is, en de genetische moeder, mits zij ‘family life’ met het kind hebben. Met de eis van een nauwe persoonlijke betrekking wordt aangesloten bij de door de Staatscommissie genoemde intentie op het ouderschap. Verwekkerschap alleen is dus niet voldoende, relevante factoren zijn dat de verwekker een met het huwelijk gelijk te stellen relatie met de geboortemoeder heeft gehad, dat zij een gezamenlijke kinderwens hadden – vergelijk EHRM 26 mei 1994, 16969/90, *NJ 1995/247*, m.nt. J. de Boer (*Keegan/Ierland*) – of dat de verwekker anderszins een duidelijke interesse in en toewijding tot het kind heeft getoond; zie EHRM 19 juni 2003, 46165/99 (*Nekvedavicius/Duitsland*). Eveneens relevant is de omstandigheid dat de verzoeker niet kan worden verweten dat praktisch familie- en gezinsleven nog niet tot stand is gekomen; zie EHRM 15 september 2011, (*EHRC 2011/159*, m.nt. J.H. Gerards (*Schneider/Duitsland*)).

Paragraaf 3. Ouderschap van meer dan twee personen

ARTIKEL 202

1. Op gezamenlijk verzoek van hen die met meer dan twee personen de ouders van een kind wensen te worden, kan de rechtbank toestemming geven voor het opmaken door een ambtenaar van de burgerlijke stand van een akte van aanvaarding van het ouderschap van meer dan twee personen.

2. De rechtbank geeft de in het vorige lid bedoelde toestemming slechts indien:
 - a. alle betrokkenen ten minste:
 - de geboortemoeder van het kind;
 - de genetische ouder van het kind; of
 - de levensgezel van een van de voornoemde personen zijn;
 - b. alle betrokkenen instemmen met het opmaken van de in het eerste lid bedoelde akte;
 - c. de betrokkenen krachtens artikel 41 een huwelijk met elkaar mogen sluiten of krachtens artikel 80a, vijfde lid, een geregistreerd partnerschap met elkaar mogen aangaan;
 - d. de betrokkenen gezamenlijk niet meer dan twee huishoudens vormen;
 - e. het gezamenlijk verzoek een door alle betrokkenen ondertekende meerouderschapsovereenkomst bevat;
 - f. de geboortemoeder nog niet zwanger van het kind is;
 - g. het belang van het kind zich niet tegen de toestemming verzet; en
 - h. het kind als gevolg van de aanvaarding niet meer dan vier ouders zal hebben.
3. Toestemming wordt aan personen die reeds gezamenlijk de ouders van een eerder geboren kind zijn, niet geweigerd op grond van het tweede lid onder a of d, tenzij de rechtbank het gezamenlijk verzoek kennelijk niet in het belang van het kind acht.
4. De meerouderschapsovereenkomst wordt in ieder geval kennelijk niet in het belang van het kind geacht indien zij niet de onderdelen, genoemd in artikel 203, bevat of anderszins naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig tot stand is gekomen, of indien niet ten min-

ste twee van de betrokkenen de geboortemoeder en de genetische ouder van het kind zijn.

Toelichting:

In deze regeling wordt overeenkomstig het advies van de Staatscommissie de mogelijkheid van aanvaarding van ouderschap voor meer dan twee personen geopend, waarna meerouderschap ontstaat. Het verzoek dient afkomstig te zijn van allen die ouder van het kind wensen te worden, of toch al zullen worden. Het ouderschap van de geboortemoeder volgt immers uit artikel 198 onder a. Is zij gehuwd of heeft zij een geregistreerd partnerschap, dan volgt het ouderschap van die persoon uit artikel 198 onder b. Alleen voor personen die niet van rechtswege ouder van het kind worden, is het ouderschap een gevolg van de akte van aanvaarding van het ouderschap van meer dan twee personen. Allen die van rechtswege ouder van het kind worden, dienen te zijn betrokken bij het verzoek: het van rechtswege ontstaan van het ouderschap wordt immers niet verhinderd door het opmaken van een akte van aanvaarding. Deze personen zijn dus per definitie betrokken bij het meerouderschap. In het tweede lid worden de toegangseisen tot de regeling opgesomd: de regeling staat open voor maximaal twee koppels of een koppel en een individu (in maximaal twee huishoudens), waarbij in beide gezinnen een genetische band met het kind aanwezig moet zijn, dan wel de geboortemoeder aanwezig moet zijn. De huwelijksbeletselen gelden ook in dit verband, er is geen reden om bij meerouderschap af te wijken van het uitgangspunt dat personen die niet met elkaar zouden mogen trouwen, wel de ouders van een kind zouden kunnen zijn: de verwarrende situatie van een tante die tevens moeder is, of opa die tevens vader is, wordt daarmee uitgesloten.

De procedure dient te worden gevoerd vóór de conceptie van het kind. Alleen in dat geval hebben alle betrokken immers een gelijke positie in het overleg over de gewenste afspraken rond het meerouderschap. Het ligt uiteraard niet in de rede dat de rechter sluitend bewijs van deze voorwaarde vraagt. Toch is het van belang om dit uitgangspunt in de wet te expliciteren. Blijkt dat de geboortemoeder al wél zwanger is, dan wordt de toestemming geweigerd.

De toestemming wordt geweigerd als het belang van het (toekomstige) kind zich hiertegen verzet. De rechter zal bij zijn belangenafweging naast de inhoud van de meerouderschapsovereenkomst ook andere aspecten

dienen te betrekken, bijvoorbeeld de zorgvuldigheid van de totstandkoming van de overeenkomst en in hoeverre de betrokkenen zich rekening hebben gegeven van de gevolgen van de mogelijke niet-erkenning van het meerouderschap in het buitenland. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit afspraken hierover die door de betrokkenen zijn opgenomen in de meerouderschapsovereenkomst.

Anders dan bij draagmoederschap is er hier van afgezien om de eis van een gewone verblijfplaats als zelfstandige eis op te nemen in de regeling. Dit in verband met het meer internationale karakter van draagmoederschap en de mogelijke samenloop daarvan met het uit het Europees recht voortvloeiende vrije verkeer van personen en diensten. Een dergelijke samenloop is niet aan de orde bij meerouderschap.

In het derde lid zijn de toegangseisen voor reeds bestaande meeroudergezinnen versoepeld. Voor tweede en volgende kinderen is niet langer vereist dat de ouders nog elkaars levenspartners zijn en in twee huishoudens samenleven. Op grond van het derde lid blijft de eis van een genetische band of band door de geboorte behouden. De eisen in het vierde lid geven invulling aan het criterium in het tweede lid onder f en het derde lid.

ARTIKEL 203

In de meerouderschapsovereenkomst, bedoeld in artikel 202, tweede lid, onder e, worden in ieder geval afspraken opgenomen over:

- a. de wijze waarop de betrokkenen de verzorgings- en opvoedingstaken, bedoeld in artikel 247, verdelen of het recht op en de verplichting tot omgang, bedoeld in artikel 377a, eerste lid, vormgeven;
- b. de hoofdverblijfplaats van het kind;
- c. de naamskeuze die ten aanzien van het kind zal worden gedaan, in overeenstemming met artikel 5;
- d. de wijze waarop het kind zal worden geïnformeerd over zijn ontstaansgeschiedenis;
- e. de verdeling van de kosten van de verzorging en opvoeding van het kind;

- f. de wijze waarop de betrokkenen elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind; en
- g. het tijdstip waarop de afspraken in de meerouderschapsovereenkomst worden geëvalueerd, alsmede de wijze waarop de afspraken in de meerouderschapsovereenkomst kunnen worden gewijzigd.

Toelichting:

De eisen die worden gesteld aan de meerouderschapsovereenkomst, zijn gebaseerd op de eisen van het huidige ouderschapsplan na echtscheiding (artikel 815 Rv) en nader toegelicht in Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie.

ARTIKEL 204

De toestemming van de rechtbank voor het opmaken door een ambtenaar van de burgerlijke stand van een akte van aanvaarding van het ouderschap van meer dan twee personen en de meerouderschapsovereenkomst, bedoeld in artikel 202, tweede lid, onder e, worden door de betrokkenen ingeschreven in het register, bedoeld in artikel *(verwijzing regeling waarin het register ontstaansgeschiedenis wordt ingesteld)*.

Toelichting:

De wensouders zijn verplicht de toestemming en de overeenkomst in te schrijven in het register ontstaansgeschiedenis (ROG). Elders zal moeten worden bepaald dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de akte niet opmaakt dan nadat hem een bewijs van inschrijving is overgelegd.

Paragraaf 4. Aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap

ARTIKEL 205

1. Op gezamenlijk verzoek van de draagmoeder en de persoon of twee personen die het ouderschap van een kind wil of willen aanvaarden, kan de rechtbank toestemming geven voor het opmaken door een ambtenaar van de burgerlijke stand van een akte van aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap.
2. Twee personen die het ouderschap over een kind willen aanvaarden, kunnen geen verzoek tot toestemming voor het opmaken van een akte

van aanvaarding van het ouderschap doen, indien zij krachtens artikel 41 geen huwelijk zouden mogen aangaan of krachtens artikel 80a, vijfde lid, geen partnerschap zouden mogen aangaan.

3. De rechtbank geeft de in het eerste lid bedoelde toestemming slechts indien:
 - a. de vrijwillige instemming van alle betrokkenen uit het verzoek blijkt;
 - b. de draagmoeder haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft;
 - c. de draagmoeder nog niet zwanger van het kind is;
 - d. ten minste één van degenen die het ouderschap willen aanvaarden, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft;
 - e. vaststaat dat de familierechtelijke betrekking tussen het kind en ten minste één wensouder vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind zal worden erkend in het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats zal hebben;
 - f. vaststaat dat het kind vanaf de geboorte de nationaliteit van ten minste één van de wensouders zal bezitten;
 - g. de risico's die zijn verbonden aan de zwangerschap en de bevalling, voor de draagmoeder voldoende zijn afgedekt; en
 - h. het gezamenlijk verzoek een door alle betrokkenen ondertekende draagmoederschapsovereenkomst bevat.

Toelichting:

Artikel 205 geeft de regeling voor draagmoederschap. Draagmoederschap is mogelijk na een gezamenlijk verzoek om toestemming van de draagmoeder en de wensouder of wensouders. Ook hier is gebruik gemaakt van de toestemming voor het opmaken door een ambtenaar van de burgerlijke stand van een akte van aanvaarding, ditmaal van het ouderschap na draagmoederschap. Ingevolge het algemene deel van de titel is aanvaarding enkel mogelijk voor meerderjarigen, dezelfde eis

geldt voor de draagmoeder. Het rechtsgevolg van het opmaken van de akte – het afwijken van het ‘mater semper certa est’-beginsel, is geregeld in artikel 198 en wordt hier niet herhaald.

Het derde lid, onder a, impliceert dat de draagmoeder en de wensouder(s) voorlichting en begeleiding hebben ontvangen (‘informed consent’) en dat er onafhankelijk juridisch advies voor de draagmoeder is geweest en beschikbaar blijft. Onder alle betrokkenen moet in dit geval tevens een eventuele echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner van de draagmoeder worden begrepen. Deze dient in te stemmen met een constructie waarbij anders van rechtswege ontstaand ouderschap niet tot stand zal komen.

De eis onder c expliciteert dat de draagmoeder nog niet zwanger van het kind kan zijn, voordat de rechter zijn toestemming geeft voor het opmaken van een akte van aanvaarding na draagmoederschap. Alleen in dat geval hebben alle betrokken immers een gelijke positie in het overleg over de afspraken rond het draagmoederschap.

De eisen onder b en d tot en met f hangen samen met de wens te voorkomen dat de regeling de deuren opent voor vormen van internationaal draagmoederschap. De eisen beogen vooraf zo veel mogelijk zeker te stellen dat de draagmoeder niet wordt uitgebuit en dat het betrokken kind vanaf de geboorte ouders zal hebben, een vaststaande identiteit, geslachtsnaam en nationaliteit. Bovendien beogen de eisen te verzekeren dat het draagmoederschap plaatsvindt binnen het zicht van de Nederlandse autoriteiten.

De eis in onderdeel b dat de draagmoeder haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, impliceert tevens de eis dat zij deze naar redelijke verwachting gedurende de zwangerschap zal behouden. Hetzelfde geldt voor de eis in onderdeel d voor degene die het ouderschap wenst te aanvaarden.

De eis in onderdeel g vraagt van de rechter om een beoordeling van de verzekeringen die zijn afgesloten voor de draagmoeder. Bezien zal nog moeten worden of het nodig is de rechter handvatten te geven voor een dergelijke beoordeling. Dit criterium ziet op het *voldoende* afgedekt zijn. In artikel 207 komt terug dat hierover afspraken moeten zijn opgenomen in de draagmoederschapsovereenkomst.

ARTIKEL 206

1. De rechtbank geeft een toestemming als bedoeld in artikel 205, eerste lid, niet als zij dit niet in het belang van het kind acht.
2. Een toestemming als bedoeld in artikel 205, eerste lid, is in ieder geval niet in het belang van het kind indien:
 - a. de draagmoederschapsovereenkomst niet de onderdelen, genoemd in artikel 207, bevat of anderszins naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig tot stand is gekomen;
 - b. uit de draagmoederschapsovereenkomst blijkt dat niet ten minste één van de personen die het ouderschap willen aanvaarden, tevens de genetische ouder van het kind zal zijn, tenzij hiervoor medische of anderszins zwaarwegende redenen aannemelijk zijn gemaakt;
 - c. uit de draagmoederschapsovereenkomst of anderszins blijkt dat de draagmoeder, naast een onkostenvergoeding voor daadwerkelijk gemaakte kosten, tevens een forfaitair bedrag zal ontvangen van meer dan € 6.000,-, of dat dit forfaitaire bedrag zal worden uitgekeerd anders dan in zijn geheel voorafgaand aan de zwangerschap of in maandelijkse termijnen voorafgaand aan en gedurende de zwangerschap en gedurende zes weken na die periode.
3. Het in het vorige lid onder c genoemde bedrag kan jaarlijks bij ministeriële regeling van Onze Minister van Veiligheid en Justitie worden gewijzigd voor zover de consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft. Het bedrag wordt afgerond op gehele euro's.

Toelichting:

De eisen van het tweede lid, onder b en c, zijn nader toegelicht in Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie.

ARTIKEL 207

In de draagmoederschapsovereenkomst, bedoeld in artikel 205, derde lid, onder g, worden in ieder geval afspraken opgenomen over:

- a. wie de genetische ouder of ouders van het kind zal of zullen zijn;
- b. de vergoeding van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap, door degene die het ouderschap wil aanvaarden;
- c. de beschikbaarheid van juridisch advies en de wijze waarop de draagmoeder voorafgaand aan, gedurende en tot zes weken na afloop van de zwangerschap dit advies kan verkrijgen, waarbij de kosten hiervan worden gedragen door de persoon die het ouderschap over het toekomstige kind wil aanvaarden;
- d. de begeleiding van de draagmoeder en de wensouders gedurende het draagmoederschapstraject;
- e. de omgang tussen de draagmoeder en het kind na de geboorte; en
- f. de wijze waarop de risico's die zijn verbonden aan de zwangerschap en de bevalling, voor de draagmoeder zijn afgedekt.

Toelichting:

Voor de eisen die worden gesteld aan de afspraken, wordt hier verwezen naar Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie. Het draagmoederschapstraject, genoemd in onderdeel d, omvat zowel de periode voorafgaand aan de zwangerschap, als de periode gedurende en de zes weken na de zwangerschap.

ARTIKEL 208

De toestemming van de rechtbank voor het opmaken door een ambtenaar van de burgerlijke stand van de akte van aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap en de draagmoederschapsovereenkomst, bedoeld in artikel 205, derde lid, onder g, worden door de betrokkenen ingeschreven in het register, bedoeld in artikel (*verwijzing regeling waarin het register ontstaansgeschiedenis wordt ingesteld*).

Toelichting:

De wensouders zijn verplicht de toestemming en de overeenkomst in te schrijven in het register ontstaansgeschiedenis (ROG). Elders zal moeten worden bepaald dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de akte niet opmaakt dan nadat hem een bewijs van inschrijving is overgelegd.

ARTIKEL 209

1. Op gezamenlijk verzoek van de personen op wier verzoek de akte van aanvaarding, bedoeld in artikel 205, eerste lid, is opgemaakt, gelast de rechtbank doorhaling van deze akte door de ambtenaar van de burgerlijke stand.
2. Het in het eerste lid bedoelde verzoek wordt ingediend vóór de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.
3. Heeft de draagmoeder de intentie het kind geboren te laten worden na doorhaling van de akte, of is het kind reeds geboren, gelast de rechtbank de doorhaling van de akte slechts indien het belang van het kind zich daartegen niet verzet.
4. De rechtbank behandelt het verzoek binnen zes weken.

Toelichting:

De mogelijkheid van terugkomen op de aanvaarding is geregeld in de artikelen 209 en 210. Een gezamenlijk verzoek zal doorgaans een verzoek vóór het ontstaan van de zwangerschap betreffen. Maar ook daarna is een dergelijk verzoek mogelijk. Is het de bedoeling dat de draagmoeder toch de moeder van het kind wordt, dan zal de rechter moeten toetsen of het belang van het kind zich daartegen niet verzet. In verband met de gewenste rechtszekerheid voor het kind, de draagmoeder en de wensouders, is in beide artikelen gekozen voor een behandeling van het verzoek binnen zes weken. Dat sluit aan bij de verkorte bedenkingperiode voor de draagmoeder en de wensouders na de geboorte.

De vraag kan worden gesteld of deze regeling hier thuishoort, dan wel bij de vernietiging van de aanvaarding. Zij is bij de draagmoederschapsregeling geplaatst, omdat zij in hoofdzaak ziet op de doorhaling van de akte en enkel geldt voor draagmoederschap (hetzelfde geldt uiteraard voor artikel 210).

ARTIKEL 210

1. Op verzoek van een van de personen op wiens verzoek de akte van aanvaarding, bedoeld in artikel 205, eerste lid, is opgemaakt, gelast de rechtbank de doorhaling van de akte indien de draagmoeder niet zwanger is op het tijdstip van het verzoek en er evenmin reeds een kind is geboren.
2. Op verzoek van de draagmoeder gelast de rechtbank de doorhaling van de akte van aanvaarding indien de draagmoeder door bedreiging, dwaling of bedrog tot draagmoederschap is bewogen of indien na het opmaken van de akte de omstandigheden zijn gewijzigd en de rechtbank doorhaling het meest in het belang van het kind oordeelt.
3. Op verzoek van de persoon die het ouderschap van het kind heeft aanvaard, gelast de rechtbank de doorhaling van de akte van aanvaarding indien de instemming met het opmaken van deze akte van deze persoon door bedreiging, dwaling of bedrog tot stand is gekomen of de draagmoeder de persoon die het ouderschap over het toekomstige kind heeft aanvaard, heeft bedrogen omtrent de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen.
4. Het verzoek, bedoeld in het tweede of derde lid, wordt ingediend vóór de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.
5. Overlijdt de persoon die het ouderschap heeft aanvaard, vóór de afloop van de in het vorige lid gestelde termijn, dan kan een kind van deze persoon of, bij gebreke van een kind, een ouder van deze persoon de rechtbank verzoeken te doorhaling van de akte van aanvaarding te gelasten als bedoeld in het derde lid. Het verzoek wordt gedaan vóór de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.
6. De rechtbank behandelt het verzoek binnen zes weken.

Toelichting:

In dit artikel wordt de mogelijkheid weergegeven voor doorhaling van de akte van aanvaarding op verzoek van één van de partijen. Is er nog geen zwangerschap of heeft de zwangerschap niet geleid tot de geboorte van een levend kind, dan is doorhaling altijd mogelijk (eerste lid).

Het tweede lid geeft het criterium voor doorhaling op verzoek van de draagmoeder. Dit is mogelijk in geval van bedreiging, dwaling of bedrog, of bij wijziging van omstandigheden. In alle gevallen zal de rechtbank moeten beoordelen of zij doorhaling het meest in het belang van het kind vindt. De rechtbank zal daarbij naast de aard van de gewijzigde omstandigheden (of de bedreiging, de dwaling of het bedrog) mede in aanmerking kunnen nemen of er een genetische band tussen draagmoeder en kind bestaat.

Het derde lid ziet op een verzoek van de wensouders. Dit is eigenlijk alleen mogelijk bij bedreiging, dwaling of bedrog bij het tot stand komen van de akte van aanvaarding, of indien de wensouders nadien zijn bedrogen omtrent de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen. Dit is breder dan enkel de verwekker, maar ziet ook op de omstandigheden rond IVF of donorbevruchting zonder verwekkerschap.

Het vijfde lid komt overeen met de normale vernietigingsmogelijkheid, met aangepaste termijn. De Staatscommissie heeft gesteld dat uiterlijk zes weken na de geboorte zekerheid moet bestaan omtrent het ouderschap van het kind, juist omdat bij draagmoederschap het 'mater semper certa est'-beginsel niet geldt.

De gevolgen van de doorhaling van de akte van aanvaarding zijn niet geregeld. Daarna geldt het reguliere verwantschapsrecht.

Afdeling 4. Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap

ARTIKEL 211

1. Op verzoek van het kind of van de geboortemoeder van het kind dat de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, kan het ouderschap van een persoon, ook indien deze is overleden, door de rechtbank worden vastgesteld op de grond dat deze:
 - a. de verwekker van het kind is;
 - b. als levensgezel van de geboortemoeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad; of
 - c. de genetische ouder van het kind is, die niet de verwekker is en in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.

2. Vaststelling van het ouderschap van de verwekker die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, geschiedt tenzij dit niet in het belang van het kind is. In andere gevallen geschiedt de vaststelling van het ouderschap indien dit in het belang van het kind is.
3. Vaststelling van het ouderschap kan niet geschieden, indien:
 - a. het kind twee of meer ouders heeft;
 - b. tussen de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon en de geboortemoeder van het kind krachtens artikel 41 geen huwelijk zou mogen worden gesloten of krachtens artikel 80a, vijfde lid, geen partnerschap zou mogen worden geregistreerd;
 - c. de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon een minderjarige is, tenzij hij voordat hij de meerderjarigheid heeft bereikt is overleden.
4. Het verzoek wordt door de geboortemoeder ingediend binnen vijf jaar na de geboorte van het kind of, in geval van onbekendheid met de identiteit van de vermoedelijke verwekker dan wel van onbekendheid met zijn verblijfplaats, binnen vijf jaar na de dag waarop de identiteit en de verblijfplaats aan de geboortemoeder bekend zijn geworden.
5. Overlijdt het kind voordat vaststelling van het ouderschap heeft kunnen plaatsvinden, dan kan een kind van het kind de vaststelling van het ouderschap aan de rechtbank verzoeken, mits de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon nog in leven is. Het verzoek wordt gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of binnen een jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.
6. De vaststelling van het ouderschap, mits de beschikking daartoe in kracht van gewijsde is gegaan, werkt terug tot het tijdstip van de geboorte van het kind. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die deze heeft genoten, ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.

Toelichting:

Dit artikel is het oorspronkelijke artikel 207. Het eerste lid is uitgebreid naar de mogelijkheid van een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Voor de leesbaarheid is het artikellid aangepast.

Er is een nieuw tweede lid toegevoegd, waarin overeenkomstig het overwogene in Hoofdstuk 11 een toetsing is opgenomen aan het belang van het kind bij de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. Waar de verwekker ten tijde van de totstandkoming van de zwangerschap een duurzame relatie met de aanstaande geboortemoeder had en beiden ervoor kozen om een kind te willen krijgen, neemt de Staatscommissie aan dat sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen verwekker en kind. De Staatscommissie heeft als uitgangspunt genomen dat bij het samenvallen van genetische verwantschap en de intentie tot ouderschap beide betrokkenen aan de getoonde bereidheid moeten kunnen worden gehouden. Dit heeft tot gevolg dat, als de moeder of het kind een verzoek doet tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de verwekker die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, dit verzoek wordt toegewezen, tenzij de rechter oordeelt dat de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap niet in het belang van het kind is. Ook in andere gevallen dient de rechter bij de beoordeling van een verzoek het belang van het kind in ogenschouw te nemen. Als hij oordeelt dat het kind van de instemmende levensgezel in de hoedanigheid van ouder niets heeft te verwachten, zal hij het verzoek dienen af te wijzen. Deze toets is evenwel ruimer geformuleerd dan de toetsing bij de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van een verwekker die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.

ARTIKEL 212

Bij de uitspraak waarin het ouderschap wordt vastgesteld, kan de rechtbank op een daartoe strekkend verzoek ten behoeve van het kind een bijdrage toekennen in de kosten van verzorging en opvoeding als bedoeld in artikel 404 of in de kosten van levensonderhoud en studie als bedoeld in artikel 395a.

Toelichting:

Dit is het oorspronkelijke artikel 208.

*Afdeling 5. Ouderschap door adoptie***ARTIKEL 213**

1. Adoptie geschiedt door een uitspraak van de rechtbank op verzoek van twee personen tezamen of op verzoek van één persoon alleen. Twee personen tezamen kunnen geen verzoek tot adoptie doen, indien zij krachtens artikel 41 geen huwelijk zouden mogen aangaan of krachtens artikel 80a, vijfde lid, geen partnerschap zouden mogen aangaan.
2. Het verzoek door twee personen tezamen kan slechts worden gedaan, indien zij ten minste drie aaneengesloten jaren onmiddellijk voorafgaande aan de indiening van het verzoek met elkaar hebben samen-geleefd. Het verzoek door de adoptant die echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de ouder is, kan slechts worden gedaan, indien hij ten minste drie aaneengesloten jaren onmiddellijk voorafgaande aan de indiening van het verzoek met die ouder heeft samengeleefd. De in de tweede volzin bedoelde voorwaarde geldt evenwel niet indien het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en die ouder. In dat laatste geval is toewijzing van het verzoek tevens mogelijk indien de adoptant reeds van rechtswege de ouder van het kind zal worden en de adoptie vóór de geboorte van het kind is verzocht.
3. Het verzoek kan alleen worden toegewezen, indien:
 - a. de adoptie in het kennelijk belang van het kind is;
 - b. op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder heeft te verwachten, tenzij de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouders en hun verwanten blijft bestaan als bedoeld in artikel 216, derde lid; en
 - c. aan de voorwaarden, genoemd in artikel 215, wordt voldaan.
4. Indien het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder en het kind door en ten gevolge van kunstmatige donor-

bevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is verwekt en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring wordt overgelegd waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbefruchting heeft plaatsgevonden, onbekend is, wordt het verzoek toegewezen, tenzij de adoptie kennelijk niet in het belang van het kind is of niet is voldaan aan de voorwaarden, genoemd in artikel 215.

5. Zijn de voornamen van het kind niet bekend, dan stelt de rechtbank, nadat zij de adoptant of adoptanten en het kind, indien dat acht jaar of ouder is, heeft gehoord, bij de adoptiebeschikking tevens een of meer voornamen vast.
6. In zaken van adoptie is de minderjarige ouder bekwaam in rechte op te treden.

Toelichting:

Dit artikel, oorspronkelijk artikel 227, bevat slechts enkele wijzigingen. In het tweede lid is de mogelijkheid van een adoptieverzoek toegevoegd indien het ouderschap van de adoptant reeds ontstaat bij de geboorte, mits vóór de geboorte een verzoek daartoe is ingediend. Deze wijziging hangt samen met de vereenvoudiging van het ouderschap van de duomoeder. Nu geen verklaring van onbekendheid van de donor meer hoeft te worden overgelegd, zou zonder deze regeling adoptie van het kind, geboren binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap, onmogelijk zijn. Dat zou onwenselijk zijn in gevallen waarin de erkenningskansen van het duomoederschap in het buitenland toenemen door de adoptie. In het derde lid is de eis genuanceerd dat op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder heeft te verwachten. Deze eis kan niet van toepassing zijn op situaties waarbij na eenvoudige adoptie het ouderschap van de oorspronkelijke ouders in stand blijft. Hier is daarom een verwijzing opgenomen naar die situatie.

Een verzoek om eenvoudige adoptie kan worden gedaan zowel op grond van dit artikel als op grond van artikel 214. Een verzoek op grond van artikel 213 is mogelijk in pleegzorgsituaties, waarbij de adoptieouders

al enige tijd voor het kind hebben gezorgd en het gezag niet langer bij de oorspronkelijke ouders ligt. Een verzoek op grond van artikel 214 is bedoeld voor situaties waarin alle betrokkenen met elkaar de verzorging en opvoeding van het kind op zich willen nemen. Daarvoor geldt niet de eis dat het gezag niet langer bij de oorspronkelijke ouders ligt, maar gelden onder meer de eisen die worden gesteld aan meerouderschap (artikel 202). In het vijfde lid is de leeftijd van het betrekken van het kind verlaagd van twaalf naar acht jaar.

ARTIKEL 214

1. In afwijking van artikel 213, eerste lid, kan adoptie ook geschieden door een uitspraak van de rechtbank op verzoek van hen die met meer dan twee personen de ouders van een kind wensen te worden.
2. Op een verzoek als bedoeld in het eerste lid is het in artikel 202, tweede lid, onder a tot en met e, derde lid en vierde lid, bepaalde van overeenkomstige toepassing.
3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid wordt slechts toegewezen indien:
 - a. de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouders en hun verwanten blijft bestaan als bedoeld in artikel 216, derde lid; en
 - b. allen die met meer dan twee personen de ouder van een kind wensen te worden, op het tijdstip van het eerste verzoek de meerderjarigheid hebben bereikt.

Toelichting:

Artikel 214 regelt de meerouderadoptie door aspirant-meerouders na de geboorte. Het eerste lid opent de mogelijkheid dat de ouders van een kind, gezamenlijk met de wensouders, een adoptieverzoek indienen. Daarmee is dit artikel van toepassing op zowel meerouders voor wie het niet is gelukt om het meerouderschap vóór de geboorte te regelen, als samengestelde gezinnen na echtscheiding, waarvan één van de formele of informele stiefouders een zo sterke band met het kind heeft ontwikkeld dat ouderschap door alle betrokkenen wenselijk wordt geacht. De bestaande ouders en de wensouders vormen dan tezamen de personen

die met meer dan twee personen de ouder van een kind wensen te worden. Voor pleegouders die een kind wensen te adopteren met behoud van de verwantschapsbanden met de oorspronkelijke ouders, geldt dat zij een verzoek kunnen indienen op grond van artikel 213.

In het tweede lid is een verwijzing opgenomen naar de eisen die gelden voor meerouderschap dat wordt geregeld vóór de geboorte. Alle eisen die daarvoor gelden, gelden in dit geval onverkort. In geval van stiefgezinnen ligt het daarbij overigens niet voor de hand dat de rechter toetst of de oorspronkelijke juridische ouders daadwerkelijk de genetische ouders van het kind zijn. Dit zou, tenzij anders blijkt, moeten worden aangenomen. De eis dat het belang van het kind zich niet tegen het ontstaan van het meerouderschap verzet, is niet van toepassing op de meerouderadoptie. Voor adoptie geldt immers de strengere eis van artikel 213, derde lid, onder a, dat adoptie in het kennelijk belang van het kind is. De overige eisen die worden gesteld aan het ontstaan van meerouderschap, zijn onverkort van toepassing, waaronder de eis van een meerouderschapsovereenkomst en een beperking tot maximaal vier ouders. Deze laatste eis volgt evenwel bij meerouderadoptie reeds uit artikel 216, derde lid.

Het is niet de bedoeling dat deze regeling zou kunnen worden gebruikt om een kind te voorzien van vier nieuwe ouders, met doorbreking van de oorspronkelijke familierechtelijke banden. Om dit te onderstrepen is in het derde lid een verwijzing opgenomen naar het blijven bestaan van die banden op grond van artikel 216, derde lid.

Tevens is geëxpliciteerd dat meerouderschap enkel toegankelijk is indien alle betrokkenen die ouder zijn of wensen te worden, meerderjarig zijn.

De eisen van artikel 213 zijn op een dergelijke situatie van toepassing indien dit volgt uit de bewoordingen van dit artikel. Zo is de eis van samenwoning voor een periode van meer dan drie jaar, zoals opgenomen in het tweede lid, niet van toepassing op deze situatie. Hiervoor in de plaats geldt de eis van het gezamenlijk vormen van niet meer dan twee huishoudens, zoals die ook geldt voor meerouderschap dat ontstaat vóór de geboorte. Met name de eisen die zijn opgenomen in artikel 213, derde lid, onder a (het kennelijk belang van het kind) en onder c (de eisen van artikel 215), zijn ook van belang voor het verzoek om meerouderadoptie.

ARTIKEL 215

1. Voorwaarden voor adoptie zijn:

- a. dat het kind op de dag van het eerste verzoek minderjarig is en dat het kind, indien het op de dag van het verzoek acht jaar of ouder is, ter gelegenheid van zijn verhoor niet van bezwaren tegen toewijzing van het verzoek heeft doen blijken; hetzelfde geldt, indien de rechtbank is gebleken van bezwaren tegen toewijzing van het verzoek van een minderjarige die op de dag van het verzoek de leeftijd van acht jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake;
- b. dat de adoptant of ieder der adoptanten ten minste achttien jaar ouder dan het kind is;
- c. dat geen der ouders het verzoek tegenspreekt;
- d. dat de minderjarige geboortemoeder van het kind op de dag van het verzoek de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt;
- e. dat de adoptant of de adoptanten het kind gedurende ten minste een jaar heeft of hebben verzorgd en opgevoed; indien de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de ouder of adoptiefouder het kind adopteert en zij gezamenlijk het kind gedurende ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed, wordt de periode van een jaar voor de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel gerekend vanaf het tijdstip van feitelijk gezamenlijk verzorgen en opvoeden; en
- f. dat de ouder of ouders niet of niet langer het gezag over het kind heeft of hebben. Indien evenwel de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de ouder het kind adopteert, geldt dat deze ouder alleen of samen met voornoemde echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel het gezag heeft.

- 2. Aan de tegenspraak van een ouder als bedoeld in het eerste lid, onder c, kan worden voorbijgegaan:

- a. indien het kind en de ouder niet of nauwelijks in gezinsverband hebben samengeleefd;
 - b. indien de ouder het gezag over het kind heeft misbruikt of de verzorging en opvoeding van het kind op grove wijze heeft verwaarloosd;
 - c. indien de ouder onherroepelijk is veroordeeld wegens het plegen tegen de minderjarige van een van de misdrijven, omschreven in de titels XIII tot en met XV en XVIII tot en met XX van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht; of
 - d. indien de adoptant of de adoptanten het kind gedurende ten minste drie jaar heeft of hebben verzorgd en opgevoed en de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouders en hun verwanten blijven bestaan als bedoeld in artikel 216, derde lid.
3. De voorwaarde, bedoeld in het eerste lid, onder e, geldt niet indien het kind wordt geboren binnen de relatie van de geboortemoeder met een levensgezel van gelijk geslacht.
 4. De voorwaarde, bedoeld in het eerste lid, onder f, geldt niet voor een verzoek om adoptie als bedoeld in artikel 214, eerste lid.

Toelichting:

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 228. De leeftijden voor inspraak en instemming van het kind zijn verlaagd naar acht jaar, overeenkomstig de overige verlaging van leeftijdsgrenzen.

In het tweede lid is een onderdeel d toegevoegd, dat samenhangt met de opening van de mogelijkheid van eenvoudige adoptie. Een eenvoudige (zie ook hier opmerking André op p. 19) adoptie op tegenspraak van de ouders is mogelijk wanneer het kind reeds drie jaar is verzorgd door zijn adoptant of adoptanten. Dit kan van belang zijn in pleegzorgsituaties. Een dergelijke adoptie wordt dan uitgesproken op verzoek van de pleegouder of pleegouders. Artikel 214, dat de meerouderadoptie op gezamenlijk verzoek regelt, is niet van toepassing op die situatie.

Voor meerouderadoptie op gezamenlijk verzoek geldt niet de eis dat de oorspronkelijke ouder of ouders niet langer het gezag heeft of hebben

dan wel heeft of hebben gehad, zoals blijkt uit het vierde lid. Die eis geldt wél voor een meerouderadoptie op verzoek van de pleegouder of pleegouders. In alle gevallen geldt de eis dat de adoptant of de adoptanten het kind gedurende ten minste één jaar heeft of hebben verzorgd en opgevoed.

ARTIKEL 216

1. Door adoptie houdt de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde, zijn oorspronkelijke ouders en hun verwanten op te bestaan.
2. In afwijking van het eerste lid blijft de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouder en diens verwanten bestaan, indien de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van die ouder het kind adopteert.
3. Op verzoek van de adoptant of adoptanten, de oorspronkelijke ouders of de minderjarige van acht jaar of ouder blijft in afwijking van het eerste lid de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouders en hun verwanten tevens bestaan indien dit in het kenmerkend belang van het kind is en het kind hierdoor niet meer dan vier ouders zal hebben.
4. Indien het kind op het tijdstip van de adoptie omgang heeft met een ouder ten aanzien van wie de familierechtelijke betrekking ophoudt te bestaan, kan de rechtbank bepalen dat zij gerechtigd blijven tot omgang met elkaar. De artikelen 377a, tweede en derde lid, 377e en 377g zijn van overeenkomstige toepassing.

Toelichting:

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 229. Het oorspronkelijke eerste lid is niet langer nodig, gelet op artikel 198 en de verplaatsing van de adoptieregeling naar de verwantschapstitel.

Het derde lid is nieuw en regelt de eenvoudige adoptie. Er zal wel om de eenvoudige adoptie moeten worden verzocht door een der adoptanten, de oorspronkelijke ouders of de minderjarige. Dit artikel is van belang voor zowel meerouderadoptie met instemming van alle betrokkenen, geregeld in artikel 214, als pleegouderadoptie waarbij het de wens is dat

de band met de oorspronkelijke ouders blijft bestaan.

Doordat zowel meerouderschap op gezamenlijk verzoek als meerouderschap op tegenspraak van de ouders mogelijk is, is het noodzakelijk hier de eis op te nemen dat het in stand laten van de familierechtelijke betrekkingen tussen de geadopteerde en zijn oorspronkelijke ouders niet kan leiden tot meer dan vier ouders.

ARTIKEL 217

1. De adoptie heeft haar gevolgen van de dag waarop de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.
2. Indien het kind is geboren binnen de relatie van de ouder en de adoptant en de adoptie vóór de geboorte van het kind is verzocht, werkt deze terug tot het tijdstip van de geboorte van het kind; indien de adoptie uiterlijk zes maanden na de geboorte van het kind is verzocht, werkt deze terug tot het tijdstip van indiening van het verzoek. Het bepaalde in de eerste volzin is niet van toepassing indien vóór de adoptie familierechtelijke betrekkingen waren gevestigd tussen het kind en een andere ouder en deze door de adoptie zijn verbroken. De adoptie kan in het geval, bedoeld in de eerste volzin, ook worden uitgesproken indien de adoptant na indiening van het verzoek is overleden.
3. De adoptie blijft haar gevolgen behouden, ook al zou blijken dat de rechtbank de door artikel 215 gestelde voorwaarden ten onrechte als vervuld zou hebben aangenomen.

Toelichting:

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 230 en is ongewijzigd overgenomen.

Afdeling 6. Tenietgaan van ouderschap

ARTIKEL 218

Ouderschap kan tenietgaan op verzoek van het kind door gegrondverklaring van de ontkenning of beëindiging. Ouderschap kan eveneens tenietgaan op verzoek van de ouder door gegrondverklaring van de ontkenning of op verzoek van de ouder of het openbaar ministerie door vernietiging van de aanvaarding.

Toelichting:

Dit artikel geeft een opsomming van de mogelijke vormen van het tenietgaan van ouderschap. Deze mogelijkheden verschillen tussen de minderjarige en de ouders/het OM.

ARTIKEL 219

1. Een kind kan het ouderschap ontkennen op de grond dat de ouder niet zijn genetische ouder of geboortemoeder is, tenzij het ouderschap is ontstaan door adoptie.
2. De rechtbank verklaart een in het eerste lid bedoelde ontkenning door een minderjarige slechts gegrond indien dit in het belang van het kind is.
3. Een kind dat als meerderjarige toestemming heeft gegeven voor de aanvaarding van het ouderschap door de ouder die niet zijn genetische ouder is, kan dit ouderschap slechts ontkennen indien het door bedreiging, dwaling of bedrog tot het geven van toestemming is bewogen.
4. Overlijdt het kind, dan kan een kind van het kind de rechtbank verzoeken de ontkenning van het ouderschap gegrond te verklaren. Het verzoek wordt gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of binnen een jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.

Toelichting:

Een kind kan altijd het ouderschap ontkennen op de grond dat de ouder niet zijn genetische ouder of zijn geboortemoeder is. Dit is een uniforme regeling die geldt binnen huwelijk, na aanvaarding en na gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. Na adoptie is ontkenning onmogelijk, maar zal gebruik moeten worden gemaakt van de weg van de beëindiging.

Net als in de huidige situatie is ontkenning van het ouderschap van de tweede ouder wel mogelijk na donorbevruchting, dit is ook het geval als gebruik is gemaakt van een draagmoeder. In de draagmoederschapsregeling wordt ervan uitgegaan dat ten minste één van de ouders genetische ouder van het kind is. Is dat niet het geval, dan kan het kind theoretisch het ouderschap van beide ouders ontkennen. Is het kind minderjarig, dan maakt de rechtbank hierbij wel een belangenafweging. Het ontkennen

van het ouderschap van beide ouders zal doorgaans niet in het belang van het kind zijn.

Het derde lid is gebaseerd op de huidige regeling in artikel 205 (of 205a) lid 1 aanhef en onder a, waar de mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning na toestemming tijdens meerderjarigheid van het kind volledig is uitgesloten. In lijn met de positie van de aanvaardende ouder en de geboortemoeder wordt hier een uitzondering gemaakt voor de situatie waarin verlening van de toestemming tot stand is gekomen door bedreiging, dwaling of bedrog.

Het vierde lid is gebaseerd op artikel 211, vierde lid. Doordat de term afstamming is geschrapt, wordt hier gesproken van 'een kind van het kind'.

ARTIKEL 220

1. Op verzoek van een meerderjarig kind kan de rechtbank het ouderschap beëindigen.
2. Het verzoek kan alleen worden toegewezen, indien de rechtbank van de redelijkheid van het verzoek in gemoede overtuigd is en op het tijdstip van het verzoek tot beëindiging vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind en de ouder of ouders niets meer van elkaar in die hoedanigheid hebben te verwachten.

Toelichting:

Na de meerderjarigheid kan het kind verzoeken het ouderschap te beëindigen. Dit is een verstrekkende beslissing, waarbij een belangenafweging moet worden gemaakt tussen de belangen van alle betrokkenen. Deze belangenafweging is niet aan de orde indien het gaat om de ontkenning door het kind tijdens diens meerderjarigheid van het ouderschap van de niet-genetische ouder (artikel 219). De positie van eventuele kinderen van het kind dat beëindiging verzoekt, is geregeld in artikel 221.

De beëindiging heeft geen terugwerkende kracht; zie artikel 224, derde lid. De beëindiging heeft dan ook geen gevolgen voor de geslachtsnaam of nationaliteit van de betrokkene.

ARTIKEL 221

1. Indien het kind verwanten in de neerdalende lijn heeft, verklaart de rechtbank een ontkenning van het ouderschap slechts gegrond op beëindigt zij het ouderschap op verzoek van het kind slechts:

- a. indien het verwanten van acht jaar of ouder betreft, na toestemming van deze verwanten; en
 - b. indien het minderjarige verwanten betreft, indien hun belang zich hiertegen kennelijk niet verzet.
2. De toestemming van de verwanten van acht jaar of ouder kan door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, indien de belangen van het kind bij het tenietgaan van het ouderschap zo zwaarwegend zijn, dat het in stand blijven van het ouderschap niet van het kind kan worden geveerd.

Toelichting:

Met artikel 221 wordt de positie geregeld van kinderen van het kind dat een ouderschap ontkent dan wel de beëindiging verzoekt. Deze kinderen krijgen op grond van het eerste lid onder a een toestemmingsrecht vanaf acht jaar. In ieder geval zal de rechtbank het belang van deze minderjarige kinderen moeten beoordelen. Op grond van artikel 228, tweede lid, wordt tevens een bijzondere curator benoemd om op te treden namens het kind van het kind. Het kind vanaf acht jaar heeft geen vetorecht, dus aan een weigering toestemming te verlenen kan worden voorbijgegaan indien het belang van het kind dat om beëindiging verzoekt, zo zwaarwegend is dat het voortbestaan van het ouderschap niet van het kind kan worden geveerd. Het gaat daarbij naar het zich laat aanzien om acute psychische nood.

ARTIKEL 222

1. Het op grond van een huwelijk of geregistreerd partnerschap van rechtswege ontstane ouderschap kan, op de grond dat de ouder niet de genetische ouder van het kind is, worden ontkend door deze ouder of door de geboortemoeder van het kind.
2. De ouders kunnen het in het eerste lid bedoelde ouderschap niet ontkennen, indien de ouder vóór het huwelijk of geregistreerd partnerschap heeft kennis gedragen van de zwangerschap van de geboortemoeder of indien de ouder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

3. Het tweede lid is niet van toepassing ten aanzien van de in dat lid bedoelde ouder, indien de geboortemoeder hem heeft bedrogen omtrent de verwekker.
4. Het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning wordt door de geboortemoeder bij de rechtbank ingediend binnen een jaar na de geboorte van het kind. Een zodanig verzoek wordt door de andere ouder ingediend binnen een jaar na de geboorte of, als de ouder op een tijdstip na de geboorte bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de genetische ouder van het kind is, een jaar na dat tijdstip.
5. Overlijdt één der ouders vóór de afloop van de in het vierde lid gestelde termijn, dan kan een kind van deze ouder of, bij gebreke van een kind, een ouder van de ouder de rechtbank verzoeken de ontkenning van het ouderschap gegrond te verklaren. Het verzoek wordt gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.
6. Een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap over een minderjarig kind wordt door de rechtbank slechts ingewilligd indien de rechtbank dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt.

Toelichting:

Voor ouders, en het openbaar ministerie, is de ontkenning van het ouderschap geregeld naar de wijze van ontstaan van het ouderschap. Voor de geboortemoeder, de adoptiefouders of de ouder na gerechtelijke vaststelling van het ouderschap wordt hier geen regeling geboden. Voor de ouders die hebben aanvaard na draagmoederschap, is een specifieke regeling gegeven in de paragraaf over draagmoederschap. De algemene regeling geldt ook niet voor hen, zoals ook blijkt uit artikel 223, eerste lid. Artikel 222 is gebaseerd op zowel het huidige artikel 200 als het huidige artikel 202a en bevat weinig wijzigingen, behalve dat de ontkenningsgrond van bedrog van de geboortemoeder omtrent de verwekker, geregeld in het derde lid, nu ook voor de duomoeder geldt. Er is geen reden voor een onderscheid naar sekse in deze regeling. Nieuw is het zesde lid, dat een afweging in het belang van het minderjarige kind door de rechter verplicht stelt. Een ontkenning die na jaren van verzorging en

opvoeding door een ouder wordt gesteld, moet ook worden beoordeeld in het belang van het kind. Na de meerderjarigheid van het kind geldt deze eis niet.

ARTIKEL 223

1. De aanvaarding van het ouderschap, bedoeld in de artikelen 201 en 202, kan, op de grond dat de ouder niet de genetische ouder van het kind is, worden vernietigd door:
 - a. de ouder die het ouderschap heeft aanvaard, indien hij door bedreiging, dwaling of bedrog daartoe is bewogen;
 - b. de geboortemoeder, indien zij door bedreiging, dwaling of bedrog is bewogen toestemming tot de aanvaarding te geven; of
 - c. het openbaar ministerie, wegens strijd met de Nederlandse openbare orde.
2. In geval van bedreiging wordt het verzoek niet later ingediend dan een jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken en, in geval van bedrog of dwaling, binnen een jaar nadat de verzoeker het bedrog of de dwaling heeft ontdekt.
3. Overlijdt één der ouders vóór de afloop van de in het derde lid gestelde termijn, dan kan een kind van deze ouder of, bij gebreke van een kind, een ouder van de ouder de rechtbank verzoeken de aanvaarding van het ouderschap te vernietigen. Het verzoek wordt gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.
4. De rechtbank vernietigt een in het eerste lid bedoelde aanvaarding, indien deze het ouderschap over een minderjarig kind betreft, slechts indien dit in het belang van het kind is, tenzij de ouder tot de aanvaarding is bewogen door bedreiging.

Toelichting:

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 205 (of 205a). Doordat aanvaarding niet langer mogelijk is bij minderjarigheid, is de mogelijkheid van misbruik van omstandigheden geschrapt.

Het vierde lid introduceert, overeenkomstig het zesde lid van artikel 222, een afweging in het belang van het kind. Het lijkt echter onredelijk om deze ook te vereisen als de aanvaarding op grond van bedreiging tot stand is gekomen.

ARTIKEL 224

1. Nadat de beschikking houdende gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de aanvaarding in kracht van gewijsde is gegaan, wordt het ouderschap geacht nimmer gevolg te hebben gehad.
2. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad.
3. Door de gegrondverklaring van de ontkenning of de vernietiging van de aanvaarding van het ouderschap ontstaat geen vordering tot teruggave van kosten van verzorging en opvoeding of van kosten van levensonderhoud en studie noch tot teruggave van het krachtens vruchtgenot genotene. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van genoten vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die deze heeft genoten, ten tijde van het doen van het verzoek daarvoor niet was gebaat.
4. De beëindiging van het ouderschap heeft haar gevolgen vanaf de dag waarop de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.
5. Is het beëindigde ouderschap ontstaan door adoptie, dan herleeft de familierechtelijke betrekking die door de adoptie had opgehouden te bestaan, tenzij de rechtbank anders bepaalt.

Toelichting:

Dit artikel regelt de gevolgen van de gegrondverklaring van de ontkenning en de vernietiging van de aanvaarding, alsmede van de beëindiging. De gegrondverklaring van de ontkenning en de vernietiging van de aanvaarding werken terug. De beëindiging heeft haar gevolgen vanaf de dag waarop de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

De beëindiging heeft geen gevolgen voor geslachtsnaam en nationaliteit. Dit laatste is anders indien op grond van het vierde lid de familierechtelijke betrekking met de oorspronkelijke ouders herleeft en deze niet

de Nederlandse nationaliteit bezitten; zie artikel 14, zesde lid, Rijkswet op het Nederlanderschap. Voor de werking van de beëindiging is aangesloten op de huidige regeling van de herroeping van de adoptie in artikel 232, eerste en derde lid, in verbinding met artikel 230, eerste lid. Anders dan bij de huidige regeling is de mogelijkheid opengehouden dat de familierechtelijke betrekkingen niet herleven. In dat geval heeft de herroeping niet het gevolg dat op basis van familierechtelijke betrekkingen met de oorspronkelijke ouders een nationaliteit kan worden verkregen, en blijft het Nederlanderschap in stand.

Afdeling 7. Inroeping of betwisting van staat

Toelichting algemeen:

Deze afdeling is niet gewijzigd.

ARTIKEL 225

Iemands verwantschap volgens zijn geboorteakte kan door een ander niet worden betwist, indien hij een staat overeenkomstig die akte heeft.

ARTIKEL 226

Een verzoek tot gegrondverklaring van de inroeping of betwisting van staat is niet aan verjaring onderworpen.

ARTIKEL 227

1. Een verzoek tot gegrondverklaring van de inroeping van staat kan worden ingediend:
 - a. door het kind zelf;
 - b. door de erfgenamen van het kind, indien het kind gedurende zijn minderjarigheid of binnen drie jaar nadien is overleden.
2. Indien het kind een verzoek als bedoeld in het eerste lid had ingediend, kunnen zijn erfgenamen de procedure voortzetten.

Afdeling 8. De bijzondere curator

ARTIKEL 228

1. In zaken van verwantschap wordt het minderjarige kind, optredende als verzoeker of belanghebbende, vertegenwoordigd door een bijzondere curator, daartoe benoemd door de rechtbank die over de zaak beslist.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op een minderjarige verwant als bedoeld in artikel 221.
3. Het eerste lid is tevens van overeenkomstige toepassing op een toekomstig kind bij een verzoek tot toestemming voor het opmaken van een akte van aanvaarding van het ouderschap van meer dan twee personen, bedoeld in artikel 202.

Toelichting:

Met de plaatsing van de adoptietitel in de verwantschapstitel dient ook bij adoptie een bijzondere curator te worden benoemd. Het huidige artikel 212 is hier aangevuld met twee leden. De eerste regelt de positie van de kinderen van kinderen bij een mogelijke beëindiging van het ouderschap (lid 2).

Het derde lid ziet op de benoeming van een bijzondere curator bij meerouderschap. Toekomstig kind is wel een bijzondere term, die verdient mogelijk een plaats in de begripsbepaling ('toekomstig' in de zin van 'nog niet geconcipieerd', zodat er nog geen zwangerschap is).

Uit het van overeenkomstige toepassing verklaren blijkt dat de bijzondere curator bij draagmoederschap niet aan de orde is. Als de draagmoeder al zwanger is, kan met toepassing van artikel 2 toch een bijzondere curator worden benoemd.

- *Titel 12 vervalt en titel 13 blijft ongewijzigd.*

TITEL 14 HET GEZAG OVER MINDERJARIGEN

Afdeling 1. Algemeen en begripsbepalingen

ARTIKEL A – BEGRIPSBEPALINGEN

In deze titel en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- gezag: de bevoegdheid om beslissingen te nemen over een minderjarige, die betrekking hebben op de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte;
- gezamenlijk gezag: gezag uitgeoefend door de ouders gezamenlijk of door een ouder samen met een ander dan een ouder;
- meeroudergezag: situatie waarin meer dan twee personen (een vorm van) gezag uitoefenen;
- ouderlijk gezag: gezag uitgeoefend door een ouder;
- voogd: een ander dan een ouder die het gezag uitoefent;
- voogdij: situatie waarin een ander dan een ouder het gezag uitoefent.

ARTIKEL B

1. Minderjarigen staan onder gezag.
2. Ouderlijk gezag wordt door de ouders gezamenlijk of door één ouder uitgeoefend. Voogdij wordt door een ander dan een ouder uitgeoefend.

Toelichting:

Huidig artikel 245, ongewijzigd.

ARTIKEL C

Onbevoegd tot het gezag zijn minderjarigen, zij die onder curatele zijn gesteld en zij wier geestvermogens zodanig zijn gestoord, dat zij in de

onmogelijkheid verkeren het gezag uit te oefenen, tenzij deze stoornis van tijdelijke aard is.

Toelichting:

Huidig artikel 246, ongewijzigd.

ARTIKEL D

1. Ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder om het onder zijn gezag staande kind te verzorgen en op te voeden.
2. Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. In de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe.
3. Het ouderlijk gezag omvat mede de verplichting van de ouder om het kind voor te lichten over zijn ontstaansgeschiedenis, de ontwikkeling van de banden van het kind met een andere ouder te bevorderen en zorg te dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen.
4. Een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, behoudt na ontbinding van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed, of na het beëindigen van de samenleving van ouders die niet elkaars echtgenoten of geregistreerde partners waren, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.
5. Ouders kunnen ter uitvoering van het vierde lid in een ouderschaps-overeenkomst rekening houden met praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de ontbinding van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap anders dan door de dood, na scheiding van tafel en bed, of het beëindigen van de samenleving van ouders die niet elkaars echtgenoten of geregistreerde partners waren, echter uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.

Toelichting:

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 247. In de huidige bepaling zijn enkele verduidelijkingen aangebracht. Voorts is de verplichting tot het voorlichten van het kind over zijn ontstaansgeschiedenis toegevoegd en naast het bevorderen van contacten met een andere ouder ook het bevorderen van contacten met voor het kind belangrijke personen toegevoegd. Belangrijke personen voor het kind kunnen bijvoorbeeld zijn een draagmoeder of donor van genetisch materiaal. De term ouderschapsplan is vervangen door ouderschapsovereenkomst. In het vierde en vijfde lid is de leesbaarheid verbeterd door de ontbinding van het huwelijk en die van het geregistreerd partnerschap samen te nemen.

- *Huidig artikel 247a is verplaatst, zie artikel H.*

ARTIKEL E

Het tweede lid van artikel 247 van dit boek is van overeenkomstige toepassing op de voogd en op degene die een minderjarige verzorgt en opvoedt zonder dat hem het gezag toekomt.

Toelichting:

Huidig artikel 248, ongewijzigd.

ARTIKEL F

De minderjarige dient rekening te houden met de aan de ouder of voogd in het kader van de uitoefening van het gezag toekomende bevoegdheden, alsmede met de belangen van de overige leden van het gezin waarvan hij deel uitmaakt.

Toelichting:

Huidig artikel 249, ongewijzigd.

- *Huidig artikel 250 is verplaatst naar afdeling 2A, Wijziging van gezag.*

Afdeling 2. Ontstaan van gezag

Paragraaf 1. Gezag van twee personen

ARTIKEL G

1. Het gezamenlijk gezag ontstaat op het tijdstip van de geboorte van het kind als:
 - a. de ouders op dat tijdstip met elkaar zijn gehuwd of als geregistreerde partners zijn verbonden; of
 - b. vóór de geboorte van het kind een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag is opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand.
2. Over een reeds geboren kind ontstaat gezamenlijk gezag:
 - a. op het tijdstip waarop zijn ouders met elkaar in het huwelijk treden of een geregistreerd partnerschap aangaan;
 - b. op het tijdstip waarop een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag is opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand;
 - c. op het tijdstip waarop het kind door twee personen tezamen of door de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de ouder is geadopteerd; of
 - d. door een beslissing van de rechtbank.
3. De in het eerste en tweede lid bedoelde akte van aanvaarding wordt opgemaakt op gezamenlijk verzoek van de ouders. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert het opmaken van de akte indien:
 - a. één ouder of beide ouders onbevoegd tot het gezag is of zijn;
 - b. de verklaring betrekking heeft op een kind over wie de ouders het gezag gezamenlijk hebben uitgeoefend;

- c. het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder het gezag uitoefent;
- d. een voogd met het gezag is belast;
- e. de voorziening in het gezag is komen te ontbreken; of
- f. de schriftelijke toestemming van de minderjarige van acht jaar of ouder ontbreekt, tenzij de rechtbank op verzoek van de ouders vervangende toestemming heeft verleend. Een verzoek tot vervangende toestemming wordt ingewilligd indien de rechtbank de gezamenlijke gezagsuitoefening in het belang van het kind wenselijk oordeelt.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op de huidige artikelen 251, 252 en 253aa in aangepaste vorm. In deze bepaling is geregeld dat niet alleen een kind dat uit of binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap is geboren, vanaf het tijdstip van zijn geboorte onder gezamenlijk gezag van zijn ouders staat, maar ook het kind dat buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap is geboren, mits de ouders ter gelegenheid van de aanvaarding van het ouderschap door de tweede ouder of op een later tijdstip dat vóór de geboorte van het kind ligt, hebben aangegeven het gezag gezamenlijk te willen uitoefenen. Denkbaar is dat ook mogelijk wordt dat de ouders gezamenlijk via DigiD het opmaken van de akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag aanvragen. De toestemming van beide ouders is echter noodzakelijk.

Hebben de ouders het gezag niet vóór de geboorte geregeld, dan kunnen zij dat na de geboorte alsnog doen. Hetzelfde geldt voor de aanvaarding van het ouderschap. Op het tijdstip waarop het kind twee juridische ouders heeft en van beiden de verklaring in ontvangst is genomen dat zij het gezag gezamenlijk willen uitoefenen, zijn beide ouders met het gezamenlijk gezag belast. Registratie van de gezamenlijke gezagsuitoefening vindt plaats in het gezagsregister en wordt tevens vermeld in de basisregistratie personen (BRP). In andere wetgeving dan Boek 1 BW moet worden geregeld dat de gemeente waarin de beide verklaringen zijn afgelegd, de gezamenlijke gezagsuitoefening over de buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen zelf ter registratie

aanbiedt aan de BRP. Bezien moet nog worden welke gemeente dit moet doen als de verklaringen in andere gemeenten worden afgelegd en het kind in een derde gemeente wordt geboren.

De huidige regeling met betrekking tot de weigering van de griffier om de gezamenlijke gezagsuitoefening in het gezagsregister aan te tekenen wegens niet tijdelijke geestelijke stoornis van een van de ouders (huidig artikel 252 lid 3) is vervallen. Als een dergelijke situatie zich voordoet, kunnen de ouders de rechtbank een verklaring voor recht vragen dat van een geestelijke stoornis geen sprake is, en kunnen zij zich daarmee opnieuw wenden tot de ambtenaar van de burgerlijke stand.

ARTIKEL H

Indien de samenleving wordt beëindigd van hen die buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn belast met het gezamenlijk gezag is het bepaalde in artikel 815, tweede en derde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing.

Toelichting:

Dit artikel is gebaseerd het huidige artikel 247a in aangepaste vorm. De huidige regeling geldt, naast de in artikel 815 Rv en artikel 1:80c lid 3 BW respectievelijk artikel 1:150 lid 2 BW (nieuw) opgenomen verplichting voor echtgenoten en geregistreerde partners (die hetzij ouders, hetzij ouder en niet-ouder zijn), alleen voor ongehuwde en ongeregistreerde juridische ouders die zijn belast met gezamenlijk gezag. De wijziging betreft de uitbreiding van die groep naar de ouder en een ander dan een ouder die gezamenlijk gezag uitoefenen op grond van het huidige artikel 253sa of 253t, en voor voogden die de voogdij gezamenlijk uitoefenen op grond van het huidige artikel 282 of 292.

ARTIKEL I

1. De tot het gezag bevoegde ouder van het kind, die nimmer het gezag gezamenlijk met de andere ouder heeft uitgeoefend, kan de rechtbank verzoeken de ouders met het gezamenlijk gezag te belasten.
2. Indien de andere ouder of het kind van acht jaar of ouder niet instemt met gezamenlijk gezag, wordt het verzoek slechts afgewezen indien:

- a. er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet is te verwachten dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of
- b. afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op het huidige artikel 253c, in aangepaste vorm. In deze bepaling is alleen het verzoek geregeld om de door een ouder gewenste gezamenlijke gezagsuitoefening aan de rechter te vragen in de situatie waarin de met eenhoofdig gezag belaste ouder niet bereid is om de ambtenaar van de burgerlijke stand te verzoeken een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag op te maken. Tevens is rekening gehouden met het uitblijven van de instemming van de minderjarige vanaf de leeftijd van acht jaar. De huidige leden 3 en 4 van artikel 253c zien op een wijziging van het gezag van de ene naar de andere ouder (gezagswissel) en die bepalingen worden alle bijeengebracht in afdeling 2A, artikel O.

ARTIKEL 1a

1. Indien het gezag over een kind bij één ouder berust, kan de rechtbank op gezamenlijk verzoek van de met het gezag belaste ouder en een ander dan de ouder die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, hen gezamenlijk met het gezag over het kind belasten.
2. Een zodanig verzoek wordt afgewezen, indien het kind van acht jaar of ouder ter gelegenheid van zijn verhoor geen toestemming voor het verzoek heeft gegeven, tenzij de rechtbank vervangende toestemming heeft verleend. Een verzoek tot vervangende toestemming wordt ingewilligd indien de rechtbank de gezamenlijke gezagsuitoefening in het belang van het kind wenselijk oordeelt.
3. Ingeval het kind tevens in familierechtelijke betrekking tot een andere ouder staat, wordt het verzoek slechts toegewezen indien:
 - a. de ouder en de ander op de dag van het verzoek gedurende ten minste een aaneengesloten periode van een jaar onmiddellijk voorafgaande aan het verzoek gezamenlijk de zorg voor het kind hebben gehad; en

- b. de ouder die het verzoek doet, op de dag van het verzoek gedurende ten minste een aaneengesloten periode van drie jaar alleen met het gezag belast is geweest.
- 4. Het verzoek wordt afgewezen indien, mede in het licht van de belangen van een andere ouder, gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd.
- 5. Het gezamenlijk gezag, bedoeld in het eerste lid, kan niet worden toegekend in de gevallen, bedoeld in artikel 253q, eerste lid, en artikel 253r. Het staat niet open voor rechtspersonen.
- 6. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid kan vergezeld gaan van een verzoek tot wijziging van de geslachtsnaam van het kind in de geslachtsnaam van de met het gezag belaste ouder of de ander. Een zodanig verzoek wordt afgewezen indien:
 - a. het kind van acht jaar of ouder ter gelegenheid van zijn verhoor niet heeft ingestemd met het verzoek;
 - b. het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt afgewezen; of
 - c. het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet.

Toelichting:

Dit betreft het huidige artikel 253t. Er is een nieuw tweede lid ingevoegd, dat de positie van het kind bij de uitbreiding van het gezag verstevigt. Deze toestemmingseis, die eerder enkel gold bij geslachtsnaamswijziging, is in lijn met de toestemmingseis die is ingevoegd bij de mogelijkheid van aanvaarding van het gezag. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid van vervangende toestemming.

- *Huidig artikel 251a is verplaatst naar artikel M.*
- *Huidig artikel 253 vervalt.*

Toelichting:

Huidig artikel 253 gaat uit van de situatie vóór 1998 waarin in geval van echtscheiding een van de ouders tot voogd werd benoemd of (tussen

1995 en 1998) met eenhoofdig gezag werd belast. Na een verzoening van de ouders herleefde dan het gezag, maar weer niet in geval van onbevoegdheid, beëindiging via kinderbescherming of een 253t-situatie. Deze bepaling is overbodig geworden.

- *Huidig artikel 253a is verplaatst naar artikel W.*
- *Huidig artikel 253aa is opgenomen in artikel G.*

Paragraaf 2. Gezag van één persoon

ARTIKEL J

1. Indien ten aanzien van een kind alleen het moederschap van de geboortemoeder vaststaat of indien de ouders van een kind niet met elkaar zijn gehuwd dan wel gehuwd zijn geweest en evenmin een geregistreerd partnerschap hebben dan wel hebben gehad en zij het gezag niet gezamenlijk uitoefenen, oefent de geboortemoeder van rechtswege het gezag alleen uit, tenzij zij bij haar bevalling onbevoegd tot het gezag was.
2. Indien de geboortemoeder ten tijde van de geboorte van haar kind onbevoegd tot het gezag was, verkrijgt zij dit van rechtswege op het tijdstip waarop zij daartoe bevoegd wordt, tenzij op dat tijdstip een ander met het gezag is belast.
3. Een adoptiefouder oefent vanaf de adoptie het gezag over de geadopteerde uit.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op het huidige artikel 253b. De bepaling heeft betrekking op het ontstaan van eenhoofdig gezag van de geboortemoeder als het kind op het tijdstip van zijn geboorte geen tweede juridische ouder heeft. Een kind kan weliswaar ook alleen een vader hebben, namelijk na een eenpersoonsadoptie of een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap over bijvoorbeeld een vondeling, van wie geen geboortemoeder bekend is. Maar in die situatie is sprake van een wijziging van een reeds bestaande situatie en derhalve niet van het ontstaan van gezag op het tijdstip van de geboorte. In deze bepaling is geregeld dat, als een kind alleen een geboortemoeder heeft en geen

tweede ouder, de geboortemoeder van rechtswege het eenhoofdig gezag uitoefent. De leden 3, 4 en 5 van het huidige artikel 253b zijn verplaatst naar afdeling 2A, Wijziging van gezag, omdat die betrekking hebben op een wijziging van de op het tijdstip van de geboorte ontstane gezags-situatie. Het in het derde lid bepaalde gezagsgevolg dat is verbonden aan de eenpersoonsadoptie, is op dit moment niet geregeld, al zal de persoon die het kind adopteert, in de praktijk veelal reeds met de voogdij zijn belast, en is daarom volledigheidshalve toegevoegd.

Paragraaf 3. Gezag van drie of vier personen

ARTIKEL Ka

1. Bij het opmaken van de akte van aanvaarding van het ouderschap van meer dan twee personen, bedoeld in artikel 202, wordt tevens een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag van meer dan twee personen voor alle betrokkenen opgemaakt.
2. De personen die door adoptie met meer dan twee personen de ouders van een kind worden na een verzoek als bedoeld in artikel 214, oefenen vanaf de adoptie gezamenlijk het gezag over de geadopteerde uit, tenzij de rechtbank in het belang van het kind anders beslist.

Toelichting:

Bij meerouderschap is meeroudergezag het uitgangspunt. In Hoofdstuk 11 overweegt de Staatscommissie dat, als de rechter de meerouderschapsovereenkomst heeft goedgekeurd en de aspirant-ouders akten van aanvaarding van het ouderschap hebben laten opmaken bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, waardoor het juridisch ouderschap op het tijdstip van de geboorte van het kind ontstaat, tevens een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag van meer dan twee personen wordt opgemaakt. Het meeroudergezag ontstaat hiermee op hetzelfde tijdstip als het meerouderschap.

In het tweede lid is de situatie geregeld waarin meerouderschap ontstaat na adoptie. Omdat meerouderadoptie meer gevallen omvat dan meerouderschap op gezamenlijk verzoek, is hier expliciet de mogelijkheid geboden om gezamenlijk gezag niet te laten ontstaan. Gezamenlijk gezag is in ieder geval niet in het belang van het kind indien het meerouderadoptie door pleegouders betreft, waarbij de oorspronkelijke ouders niet langer

met het gezag zijn belast. Maar meeroudergezag kan ook onwenselijk zijn indien de meerouderadoptie wordt uitgesproken in geval van formele of informele stiefgezinsituaties.

De rechtbank kan anders beslissen. Er wordt niet verwezen naar het verzoek: de rechtbank is daarmee vrij om voorbij te gaan aan het verzoek van betrokkenen en te kiezen voor een andere vorm van gezag. Zij laat zich daarbij leiden door het belang van het kind.

ARTIKEL Kb

1. Op gezamenlijk verzoek van hen die met meer dan twee personen het gezag willen uitoefenen, kan de rechtbank toestemming geven voor het opmaken van een akte van aanvaarding van het gezamenlijk gezag van meer dan twee personen.
2. De rechtbank geeft de in het vorige lid bedoelde toestemming slechts indien:
 - a. alle betrokkenen ten minste:
 - de ouder van het kind zijn; of
 - het kind gedurende ten minste één jaar voorafgaand aan het verzoek hebben verzorgd en opgevoed;
 - b. alle betrokkenen instemmen met het opmaken van de in het eerste lid bedoelde akte;
 - c. de betrokkenen gezamenlijk niet meer dan twee huishoudens vormen;
 - d. het gezamenlijk verzoek een door alle betrokkenen ondertekende meerpersoonsgezagsovereenkomst bevat;
 - e. zij het gezamenlijk gezag van meer dan twee personen in het kenmerklijk belang van het kind acht;
 - f. het kind, indien het op de dag van het verzoek acht jaar of ouder is, ter gelegenheid van zijn verhoor niet van bezwaren tegen toe-

wijzing van het verzoek heeft doen blijken; hetzelfde geldt, indien de rechtbank is gebleken van bezwaren tegen toewijzing van het verzoek van een minderjarige die op de dag van het verzoek de leeftijd van acht jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake; en

- g. het kind als gevolg van de aanvaarding niet meer dan vier gezagsdragers zal hebben.
3. De meerpersoonsgezagsovereenkomst wordt in ieder geval kennelijk niet in het belang van het kind geacht indien zij niet de onderdelen, genoemd in artikel Kc, bevat of anderszins naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig tot stand is gekomen.
 4. Het kind wordt in de procedure vertegenwoordigd door een bijzondere curator, daartoe benoemd door de rechtbank die over het verzoek beslist.

Toelichting:

De regeling voor meerpersoonsgezag los van meerouderschap is geënt op de verzoekprocedure voor meerouderschap.

Uit het eerste lid blijkt dat het gaat om een verzoek van meer dan twee personen. Wie een dergelijk gezamenlijk verzoek kunnen doen, blijkt uit het tweede lid onder a: alleen de ouders en anderen die het kind meer dan één jaar voorafgaand aan het verzoek hebben verzorgd en opgevoed, kunnen een dergelijk verzoek doen. Het gezag hoeft niet bij de ouders of verzorgers te liggen, ook de pleegouders en ouders kunnen gezamenlijk een dergelijk verzoek doen, terwijl de voogdij bij een gecertificeerde instelling ligt, evenals pleegouders onder de huidige regeling na een jaar de rechter kunnen vragen hen met de voogdij over het kind te belasten (huidig artikel 299a).

Evenals voor meerouderschap dient een meerpersoonsgezagsovereenkomst te zijn opgemaakt. Voor de inhoud zie artikel Kc. De rechter dient bij zijn belangenafweging omtrent de beoordeling van het verzoek naast de inhoud van de meerpersoonsgezagsovereenkomst ook nog andere aspecten te betrekken, bijvoorbeeld de zorgvuldigheid van de totstandkoming van de overeenkomst en in hoeverre de betrokkenen zich reken-schap hebben gegeven van de gevolgen van de mogelijke niet-erkenning

van het meerpersoonsgezag in het buitenland. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit afspraken hierover die door de betrokkenen zijn opgenomen in de meerpersoonsgezagsovereenkomst.

Het zal bij een verzoek om meeroudergezag doorgaans om een reeds geboren kind gaan. De eisen die gelden voor meerouderschap van een geboren kind, zijn daarom ook hier van toepassing: het meerpersoonsgezag moet in het kennelijk belang van het kind zijn en het kind van acht jaar of ouder heeft een vetorecht voor het ontstaan van meeroudergezag. Meeroudergezag van meer dan vier personen is niet mogelijk.

Het vierde lid strekt ertoe zeker te stellen dat in alle verzoekprocedures rond meeroudergezag een bijzondere curator wordt benoemd.

ARTIKEL Kc

In de meerpersoonsgezagsovereenkomst, bedoeld in artikel Kb, tweede lid, onder d, worden in ieder geval afspraken opgenomen over:

- a. de wijze waarop de betrokkenen de verzorgings- en opvoedingstaken, bedoeld in artikel 247, verdelen of het recht op en de verplichting tot omgang, bedoeld in artikel 377a, eerste lid, vormgeven;
- b. de hoofdverblijfplaats van het kind;
- c. de verdeling van de kosten van de verzorging en opvoeding van het kind;
- d. de wijze waarop de betrokkenen elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind; en
- e. het tijdstip waarop de afspraken in de meerpersoonsgezagsovereenkomst worden geëvalueerd, alsmede de wijze waarop de afspraken in de meerpersoonsgezagsovereenkomst kunnen worden gewijzigd.

Toelichting:

De regeling in artikel Kc is gebaseerd op de regeling voor meerouderschap in artikel 203, waarbij alleen die onderdelen zijn overgenomen die zien op de uitoefening van gezag.

Afdeling 2A. Wijziging van gezag

ARTIKEL L

De rechtbank kan, indien haar blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, ambtshalve een beslissing geven inzake de wijziging van gezag, bedoeld in deze afdeling, of de beslechting van geschillen, bedoeld in afdeling 3 van deze titel. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.

Toelichting:

Met deze bepaling wordt voorzien in een algemene informele rechtsingang voor minderjarigen in gezagskwesties. De afdelingen 2A en 3 bieden diverse rechtsingangen voor ouder en verzorgers om de rechtbank te verzoeken wijziging te brengen in de gezagssituatie of geschillen over de gezagsuitoefening te beslechten. Onder de huidige regeling heeft de minderjarige vanaf twaalf jaar – en jonger indien hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen – slechts beperkte mogelijkheden om de rechter informeel te benaderen wijziging te brengen in het gezag over hem. Deze algemene regeling biedt de minderjarige in alle gevallen waarin hij wijziging wenst van het gezag over hem, de rechtbank te vragen hiertoe ambtshalve over te gaan. Zoals gebruikelijk zal de rechtbank de minderjarige uitnodigen voor een gesprek. Zij kan ambtshalve een bijzondere curator benoemen om de belangen van de minderjarige te behartigen of zij kan de raad voor de kinderbescherming vragen een onderzoek in te stellen. De huidige leeftijdsgrens van twaalf jaar (of jonger indien de minderjarige in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen) is vooralsnog gehandhaafd. De Staatscommissie heeft de minister van Veiligheid en Justitie geadviseerd het onderwerp van de rechtsingang voor minderjarigen integraal te bezien en daarin tevens de leeftijdsgrenzen mee te nemen. Zie Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie.

ARTIKEL M

1. De rechtbank kan na ontbinding van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed op verzoek van de ouders of van één van hen beslissen dat het gezag aan één ouder toekomt indien:

- a. er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet is te verwachten dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of
 - b. wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.
2. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid is ook mogelijk voor ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, of één van hen ten aanzien van het door hen uitgeoefende gezamenlijk gezag indien, nadat dit gezamenlijk gezag is ontstaan, de omstandigheden zijn gewijzigd of bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan.
3. De beslissing op grond van het eerste lid wordt gegeven bij de beschikking houdende scheiding van tafel en bed, echtscheiding, ontbinding van het geregistreerd partnerschap dan wel ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed of bij latere beschikking.
4. Indien een beslissing op grond van het eerste lid niet alle kinderen betrof, vult de rechtbank haar aan op verzoek van één van de in het eerste lid bedoelde personen, van de raad voor de kinderbescherming of ambtshalve.
5. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing op de gezamenlijke gezagsuitoefening door de ouder en een ander dan de ouder. De rechtbank geeft geen beslissing tot beëindiging van dit gezamenlijk gezag dan nadat zij de ouders of de niet met het gezag belaste ouder in de gelegenheid heeft gesteld te verzoeken in het belang van het kind de ouders gezamenlijk met het gezag te belasten of de niet met het gezag belaste ouder daarmee te belasten.
6. Heeft het kind meer dan twee ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen, of zijn meer dan twee personen met het gezag belast op grond van artikel Kb, dan kunnen al degenen die met het gezag zijn belast, een verzoek als bedoeld in het eerste of tweede lid doen. Een dergelijk verzoek kan tevens inhouden dat het gezag aan meer dan één betrokkene gezamenlijk toekomt.

Toelichting:

In deze bepaling zijn de artikelen op grond waarvan het gezamenlijk gezag kan worden omgezet in eenhoofdig gezag, samengevoegd. De huidige regeling kent twee verschillende bepalingen (artikelen 251a en 253n) voor de omzettingmogelijkheid. Het huidige artikel 251a ziet op de omzetting van het gezamenlijk gezag in het kader van een (ontbinding van het huwelijk na) scheiding van tafel en bed, echtscheiding of ontbinding van het geregistreerd partnerschap (via huidig artikel 253aa, tweede lid). In het huidige artikel 253n is nodig dat de verzoeker een wijziging van omstandigheden aanvoert. Dit kan het beëindigen van een samenwoonsituatie van de ouders zijn of het ontstaan van (praktische) problemen over de gezamenlijke gezagsuitoefening die ouders pas op een later moment dan hun scheiding ondervinden. De voorgestelde bepaling omvat al deze situaties. Een echtscheiding, ontbinding van het geregistreerd partnerschap of uiteengaan van samenwoners vormt op zichzelf een wijziging van omstandigheden. In andere situaties, bijvoorbeeld die waarin de met gezamenlijk gezag belaste ouders nooit hebben samengewoond of op een later moment problemen van de gezamenlijke gezagsuitoefening ondervinden, zullen zij de wijziging van omstandigheden moeten aanvoeren om ontvankelijk te zijn in het wijzigingsverzoek. De beoordelingscriteria van het verzoek tot omzetting van gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag zijn ongewijzigd.

Het vijfde lid betreft het oorspronkelijke artikel 253v, derde lid.

Het zesde lid breidt de bepaling uit naar situaties van meeroudergezag/meerpersoonsgezag.

ARTIKEL N

1. Beslissingen waarbij een ouder alleen met het gezag is belast, gegeven ingevolge het bepaalde in deze afdeling, kunnen op verzoek van de ouders of van één van hen door de rechtbank worden gewijzigd op grond dat nadien de omstandigheden zijn gewijzigd of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan.
2. Heeft het kind meer dan twee ouders, dan is een verzoek als bedoeld in het eerste lid tevens mogelijk bij beslissingen waarbij meer dan één ouder met het gezag is belast.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op het huidige artikel 253o, in aangepaste vorm. In de bepaling is nu tevens voorzien in de mogelijkheid van meer-oudergezag.

ARTIKEL O

1. De tot het gezag bevoegde ouder van het kind, die nimmer het gezag gezamenlijk met de andere ouder heeft uitgeoefend, kan de rechtbank verzoeken hem alleen met het gezag over het kind te belasten.
2. Wanneer de andere ouder het gezag uitoefent, wordt het verzoek slechts ingewilligd indien de rechtbank dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt.
3. Wanneer niet in het gezag is voorzien of wanneer een voogd het gezag uitoefent, wordt het verzoek om de tot het gezag bevoegde ouder, bedoeld in het eerste lid, alleen met het gezag te belasten slechts afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd.
4. Inwilliging van het verzoek, bedoeld in het eerste lid, heeft, indien de ander het gezag tot dusverre uitoefende, tot gevolg dat de laatste het gezag verliest.

Toelichting:

Deze bepaling regelt de zogenoemde ‘gezagswissel’. Het is gebaseerd op een deel van de huidige artikelen 253b, 253c en 253e.

In het huidige artikel 253c is zowel de mogelijkheid geregeld om eenhoofdig gezag om te zetten in gezamenlijk gezag van ouders als om het eenhoofdig gezag van de ene ouder te vervangen door eenhoofdig gezag van de andere ouder. In het huidige artikel 253b is een soortgelijke regeling opgenomen voor het tijdstip waarop de geboortemoeder meerderjarig wordt. Deze regelingen zijn hier samengevoegd in één regeling. De huidige voorkeurspositie van de ouder die reeds met het gezag is belast, en de voorkeurspositie van de ouder boven een voogd zijn gehandhaafd.

In het vierde lid is artikel 253e verwerkt.

ARTIKEL P

1. Indien de voorziening in het gezag over een kind, bedoeld in artikel J, tweede lid, komt te ontbreken, kunnen beide ouders, voor zover zij tot het gezag bevoegd zijn, de rechtbank verzoeken met het gezag onderscheidenlijk gezamenlijk gezag te worden belast.
2. Het in het eerste lid bedoelde verzoek wordt slechts afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd.
3. Hebben beiden een verzoek ingediend anders dan tot gezamenlijke gezagsuitoefening, dan willigt de rechtbank het verzoek in van degene wiens gezag hij het meeste in het belang van het kind oordeelt.
4. Indien, voordat over het verzoek van één ouder is beslist, de andere ouder van rechtswege het gezag verkrijgt, willigt de rechtbank het verzoek slechts in, indien hij dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt. In dat geval verliest de andere ouder het gezag dat hij van rechtswege heeft verkregen.
5. Inwilliging van het verzoek, bedoeld in het eerste lid, heeft, indien de ander het gezag tot dusverre uitoefende, tot gevolg dat de laatste het gezag verliest. Dit gevolg treedt niet in indien de ouders als gevolg van de rechterlijke beslissing met het gezamenlijk gezag zijn belast.

Toelichting:

In het artikel is het huidige artikel 253d opgenomen. De huidige redactie van het eerste lid wekt verwarring over de situatie waarop dit artikel van toepassing is, nu er in het huidige artikel 253b niet wordt gesproken van een voorziening. Bedoeld is de situatie waarin de geboortemoeder nog minderjarig was, en de rechtbank heeft voorzien in het gezag. Dit kan dan praktisch gezien niet gaan om de voorziening in het gezag door middel van een voogdij-instelling, maar gaat dan om de aanwijzing van een natuurlijke persoon in de omgeving van de minderjarige moeder als voogd. In dat geval is denkbaar dat de voorziening in het gezag komt te ontbreken. Daarnaast is in het vijfde lid artikel 253e verwerkt.

ARTIKEL Q

1. Na de dood van één van de ouders oefent de overlevende ouder van rechtswege het gezag uit, indien en voor zover hij op het tijdstip van overlijden het gezag uitoefent.
2. Het bepaalde in het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien het kind meer dan één overlevende ouder heeft. In dat geval blijven de overlevende ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen.
3. Indien het kind ten minste één jaar voorafgaand aan de dood van de ouder door die ouder tezamen met een ander is verzorgd en opgevoed, en het de rechtbank blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, kan zij de raad voor de kinderbescherming gelasten een onderzoek in te stellen naar de wenselijkheid van een maatregel van ondertoezichtstelling of beëindiging van het gezag in overeenstemming met artikel 266 en de benoeming van de ander die het kind heeft verzorgd en opgevoed, tot voogd. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Hangende het onderzoek van de raad voor de kinderbescherming kan de rechtbank het gezag schorsen.
4. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing als de overleden ouder met een andere ouder en een persoon die niet de ouder van het kind is, gezamenlijk het gezag uitoefende, met dien verstande dat, als een andere ouder ontbreekt, de met gezag belaste personen van rechtswege de gezamenlijke voogdij uitoefenen.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op het huidige artikel 253f. De regeling dat, als de ouders gezamenlijk gezag uitoefenen en een van de ouders overlijdt, de overlevende ouder van rechtswege het eenhoofdig gezag uitoefent, blijft gehandhaafd. Tevens is bepaald dat in geval van meerouderschap met meeroudergezag de overlevende ouders het gezamenlijk gezag blijven uitoefenen. Onder de huidige regeling heeft een kind geen mogelijkheid om, als de overlevende ouder van rechtswege het eenhoofdig gezag heeft verkregen en daarmee onder meer de bevoegdheid om de verblijfplaats van de minderjarige te bepalen, wijziging van de gezagsregeling te vragen. Dit kan als gemis worden gevoeld als de overleden ouder degene

was bij wie het kind woonde en door wie het werd verzorgd en opgevoed, eventueel in gezinsverband met een nieuwe levensgezel. Mogelijk wenst het kind in het gezin waarin het woont, te blijven, hetgeen slechts mogelijk is als zijn met het eenhoofdig gezag belaste ouder daarmee instemt. Stemt hij daarmee niet in, hetgeen in beginsel betekent dat het kind zijn vertrouwde gezin moet verlaten, dan kan de vraag rijzen of een kinderschermingsmaatregel is geïndiceerd. Als het kind ten minste één jaar in een ander gezin woont dan dat van de overlevende ouder, zal de verzorger en opvoeder een beroep kunnen doen op het blokkaderecht, zoals in de geadviseerde regeling van de artikelen 253s en 336a. Gebruikmaking van die mogelijkheid door de verzorger en opvoeder kan eveneens leiden tot een beschermingsonderzoek. Mogelijk wil de verzorger en opvoeder geen procedure aanhangig maken tegen de met gezag belaste ouder van het kind of is de minimale verzorgingstermijn nog niet doorlopen. De in het derde lid opgenomen regeling bewerkstelligt derhalve dat de minderjarige zelf de rechter informeel kan benaderen, waarop deze een beschermingsonderzoek kan gelasten. De mogelijkheid om tevens het gezag te schorsen dient ertoe om te bereiken dat de in verband met de schorsing benoemde voorlopige voogd kan beslissen dat het kind in zijn vertrouwde omgeving blijft totdat meer duidelijkheid bestaat over de uitkomst van het onderzoek en de eventueel daarop te nemen maatregelen. In overeenstemming met de eerder genoemde artikelen is gekozen voor een minimale verzorgingstermijn van één jaar, voordat de mogelijkheid van de minderjarige en de rechtbank bestaat.

ARTIKEL R

1. Indien van de ouders degene die het gezag alleen uitoefent, overlijdt, beslist de rechtbank dat de overlevende ouder, de overlevende ouders of een derde met het gezag wordt of worden belast.
2. De rechtbank doet dit op verzoek van de raad voor de kinderscherming, de overlevende ouder, de overlevende ouders of ambtshalve.
3. Het verzoek om de overlevende ouder of ouders met het gezag te belasten wordt slechts afgewezen, indien het belang van het kind zich tegen inwilliging verzet.
4. Hebben meerdere ouders een verzoek anders dan tot gezamenlijke gezagsuitoefening ingediend, dan willigt de rechtbank het verzoek

in van degene wiens gezag zij het meeste in het belang van het kind oordeelt.

5. De bepaling van het derde lid is mede van toepassing indien de overleden ouder een voogd had aangewezen overeenkomstig artikel 292.

Toelichting:

De huidige regeling van artikel 253g is gehandhaafd en daarbij is voorzien in de mogelijkheid van meerouderschap.

ARTIKEL S

1. Indien na het overlijden van één van de ouders door de rechtbank een voogd is benoemd, kan de rechtbank deze beslissing te allen tijde in dier voege wijzigen, dat de overlevende ouder of ouders, mits deze daartoe bevoegd is of zijn, alsnog met het gezag wordt of worden belast.
2. Zij gaat hiertoe slechts over op verzoek van de overlevende ouder of ouders, en niet dan op grond dat nadien de omstandigheden zijn gewijzigd of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan.
3. Wanneer de overleden ouder een voogd had aangewezen overeenkomstig artikel 292 en deze inmiddels is opgetreden, is dit artikel van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat, mits het verzoek van de overlevende ouder of ouders binnen één jaar na het begin van de voogdij wordt gedaan, dit verzoek slechts wordt afgewezen indien het belang van het kind zich tegen inwilliging verzet.

Toelichting:

De huidige regeling van artikel 253h is gehandhaafd. Voorzien is in de mogelijkheid van meerouderschap.

ARTIKEL T

1. Na de dood van de ouder die samen met een ander dan de ouder het gezag uitoefende, oefent die ander van rechtswege de voogdij uit.

2. De rechtbank kan op verzoek van de overlevende ouder te allen tijde bepalen dat deze, mits daartoe bevoegd, alsnog met het gezag wordt belast.
3. De artikelen R en S zijn niet van toepassing.

Toelichting:

Dit betreft het huidige artikel 253x, in aangepaste vorm.

ARTIKEL U

1. In de gevallen waarin door de rechtbank het gezag wordt opgedragen, neemt dit een aanvang zodra de desbetreffende beschikking in kracht van gewijsde is gegaan of, indien zij uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, daags nadat de beschikking is verstrekt of verzonden.
2. Na de gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of geregistreerd partnerschap of na scheiding van tafel en bed begint het gezag nochtans niet voordat de beschikking houdende ontbinding van het huwelijk of geregistreerd partnerschap is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand of voordat de beschikking houdende scheiding van tafel en bed is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, aangegeven in artikel 116.
3. Indien een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag, bedoeld in artikel G, was opgemaakt, gelast de rechtbank tevens de doorhaling van die akte.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op de huidige artikelen 253p en 253u. In het eerste lid is de verwijzing naar ouders weggenomen, waardoor de bepaling eveneens van toepassing is op de gevallen die thans zijn geregeld in artikel 253u.

In het tweede lid is een verwijzing naar de ontbinding van het geregistreerd partnerschap opgenomen, in verband met het vervallen van artikel 253aa.

In verband met de aanbeveling van de Staatscommissie om het gezag te registreren in de basisregistratie personen (BRP), kan het huidige derde lid vervallen. Niet langer is de aantekening in het gezagsregister het constitutieve element voor het ontstaan van gezag, maar het opmaken van

de akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag. Met het nieuwe derde lid wordt geregeld dat een aanpassing nadien tevens doorhaling van de akte met zich brengt. Van de doorhaling zal dan tevens aantekening moeten worden gemaakt in de BRP, hetgeen dient te worden geregeld in de Wet BRP. De registratie in de BRP op zich is evenwel niet constitutief, dus de doorhaling van de registratie kan dat ook niet zijn.

ARTIKEL V

1. De minderjarige vrouw die als degene die het gezag heeft, haar kind wenst te verzorgen en op te voeden, kan, indien zij de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, de kinderrechter verzoeken haar meerderjarig te verklaren.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op de minderjarige die op de voet van artikel 200, tweede lid, toestemming van de rechtbank heeft gekregen het ouderschap over het kind te aanvaarden.
3. Het verzoek kan ook vóór de geboorte van het kind worden gedaan, mits de verzoeker de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt. In dat geval wordt op het verzoek niet eerder dan na de geboorte van het kind beslist.
4. De kinderrechter willigt het verzoek slechts in, indien hij dit in het belang van de ouder of ouders en het kind wenselijk oordeelt. Indien een ander met het gezag is belast, wordt de geboortemoeder daarmee belast. Als de ouders beiden meerderjarig worden verklaard en zij de verklaring, bedoeld in artikel G, tweede lid, onder b, hebben afgelegd, oefenen zij het gezag gezamenlijk uit.
5. De minderjarige is bekwaam in rechte op te treden en tegen een uitspraak beroep in te stellen.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op het huidig artikel 253ha, in aangepaste vorm. De huidige regeling van meerderjarigverklaring staat slechts open voor zwangere meisjes of moeders van zestien of zeventien jaar. In de voorgestelde uitbreiding wordt de meerderjarigverklaring tevens mogelijk voor jongens of vaders van zestien of zeventien jaar. Tot 5 december 2015 – de datum van inwerkingtreding van de Wet tegengaan huwelijks-

dwang – was het in de situatie waarin twee minderjarigen samen een kind kregen (of een minderjarige en een meerderjarige) mogelijk dat de twee met elkaar in het huwelijk traden of een geregistreerd partnerschap sloten, hetgeen leidde tot het bereiken van de meerderjarigheid, waardoor de ouders samen het gezag over hun kind verkregen. Als gevolg van het verbod op kinderhuwelijken is dit thans niet meer mogelijk. Met de gewijzigde bepaling is het echter in deze situaties toch mogelijk dat beide ouders zelf de ouderlijke verantwoordelijkheid voor hun kind op zich nemen. De rechter toetst of hij dit in hun eigen belang, zijnde nog minderjarig, en in het belang van hun minderjarige kind wenselijk oordeelt. Voorgesteld wordt de bepaling in het huidige tweede lid op grond waarvan tevens de raad voor de kinderbescherming de bevoegdheid heeft om het verzoek in te dienen te laten vervallen. De minderjarige (aanstaande) ouder die meerderjarigverklaring wenst moet in staat worden geacht alle aspecten hiervan zelf te regelen.

Afdeling 3. Geschillen

ARTIKEL W

1. In geval van gezamenlijke uitoefening van het gezag kunnen geschillen hieromtrent op verzoek van de ouders of van één van hen aan de rechtbank worden voorgelegd. De rechtbank neemt een zodanige beslissing als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt.
2. De rechtbank kan eveneens op verzoek van de ouders of van één van hen een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze regeling kan omvatten:
 - a. een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken, alsmede met overeenkomstige toepassing van artikel 377a, derde lid, een tijdelijk verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben;
 - b. de beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft;
 - c. de wijze waarop informatie omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind wordt verschaft aan de ouder of ouders bij wie het kind niet zijn hoofd-

verblijfplaats heeft, dan wel de wijze waarop deze ouder of ouders wordt of worden geraadpleegd;

- d. de wijze waarop informatie door derden overeenkomstig artikel 377c, eerste en tweede lid, wordt verschaft.
3. Indien op de ouders de verplichting van artikel H rust en zij daaraan niet hebben voldaan, houdt de rechtbank de beslissing op een in het tweede lid bedoeld verzoek ambtshalve aan, totdat aan die verplichting is voldaan. Aanhouding blijft achterwege indien het belang van het kind dit vergt.
4. Artikel 377e is van overeenkomstige toepassing. Daar waar in deze bepaling gesproken wordt over omgang of een omgangsregeling wordt in plaats daarvan gelezen: een verdeling van de zorg- en opvoedingstaken.
5. De rechtbank beproeft alvorens te beslissen op een verzoek, bedoeld in het eerste of tweede lid, een vergelijk tussen de ouders en kan desverzocht en ook ambtshalve, zulks indien geen vergelijk tot stand komt en het belang van het kind zich daartegen niet verzet, een door de wet toegelaten dwangmiddel opleggen, dan wel bepalen dat de beschikking of onderdelen daarvan met toepassing van artikel 812, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kan of kunnen worden gelegd.
6. De rechtbank behandelt het verzoek binnen zes weken.

Toelichting:

Deze bepaling is gebaseerd op het huidige artikel 253a. De huidige geschillenregeling is ongewijzigd gehandhaafd, behalve dat de informele rechtsingang voor kinderen hier is geschrapt, omdat deze thans is verwoord in de algemene informele rechtsingang in alle door de afdelingen 2A en 3 bestreken gezagskwesties.

ARTIKEL X

Wanneer in aangelegenheden betreffende diens verzorging en opvoeding, dan wel het vermogen van de minderjarige, de belangen van de met het gezag belaste ouders of één van hen, dan wel van de voogd of

de beide voogden, in strijd zijn met die van de minderjarige, benoemt de rechtbank, dan wel, indien het een aangelegenheid inzake het vermogen van de minderjarige betreft, de kantonrechter of, indien de zaak reeds aanhangig is, de desbetreffende rechter, indien hij dit in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht, daarbij in het bijzonder de aard van deze belangenstrijd in aanmerking genomen, op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve een bijzondere curator om de minderjarige ter zake, zowel in als buiten rechte, te vertegenwoordigen.

Toelichting:

Dit betreft het huidig artikel 250. De bepaling is in verband met de gekozen systematiek betreffende de inrichting van de gezagsregeling verplaatst.

- *Huidig artikel 253sa vervalt.*

Toelichting:

In dit artikel is geregeld dat, als een kind wordt geboren binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de geboortemoeder en haar echtgenote/geregistreerde partner, beide vrouwen het gezamenlijk gezag over het kind uitoefenen, tenzij het vóór de geboorte is erkend door iemand anders, bijvoorbeeld de spermadonor. In verband met het schrappen van het vereiste dat in geval van geboorte binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen een onbekendheidsverklaring betreffende de spermadonor wordt overgelegd, ontstaat het juridisch moederschap van de duomoeder voortaan altijd van rechtswege. Een eventuele erkenning (aanvaarding van het ouderschap) die vóór de geboorte door een andere persoon is gedaan, wordt doorkruist door het feit dat het kind binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen wordt geboren. Dat is niet anders in geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw: als het kind vóór de geboorte is erkend door een andere persoon, heeft deze erkenning geen rechtsgevolg, omdat het kind bij de geboorte reeds twee ouders heeft, te weten de geboortemoeder en haar echtgenoot of geregistreerde partner.

*Overige bepalingen van titel 14***ARTIKEL 299a**

1. Degene die met instemming van de voogd een minderjarige in zijn gezin – anders dan uit hoofde van een ondertoezichtstelling of een plaatsing onder voorlopige voogdij – ten minste één jaar heeft verzorgd en opgevoed, kan de kinderrechter verzoeken hem, dan wel een rechtspersoon als bedoeld in artikel 302, tot voogd te benoemen. Artikel 265e, eerste lid, is van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat het gezag gedeeltelijk kan worden uitgeoefend door degene die niet de ouder is en de minderjarige gedurende ten minste één jaar als behorende tot zijn gezin heeft verzorgd en opgevoed, en dat voor ‘de uitvoering van de ondertoezichtstelling’ wordt gelezen: ‘de uitoefening van de voogdij’.

Toelichting:

Deze bepaling betreft het huidige artikel 299a, eerste lid. De overige leden blijven ongewijzigd gehandhaafd. In het eerste lid is geregeld dat in plaats van volledige voogdijsuitoefening door de verzorger en opvoeder, niet zijnde een ouder, ook kan worden gekozen voor gedeeltelijke gezags-overdracht zoals die reeds mogelijk is in het kader van een ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing. De verzorger/opvoeder die het (nog) niet aangewezen vindt om de volledige voogdij op zich te nemen, kan de rechter verzoeken hem met enkele onderdelen van de gezagsuitoefening te belasten, te weten de inschrijving van een kind op een school, het geven van toestemming voor medische behandelingen van kinderen beneden de leeftijd van twaalf jaar of oudere kinderen die daartoe niet in staat zijn als gevolg van verstandelijke of lichamelijke beperkingen, en het regelen van een verblijfsvergunning voor het kind. Medische behandeling van kinderen vanaf twaalf jaar zonder bedoelde beperkingen kan plaatsvinden zonder de toestemming van de gezagsdrager als het kind de behandeling weloverwogen blijft wensen (artikel 7:450 BW).

ARTIKEL 253s

1. Indien het kind met instemming van zijn ouders die het gezag uitoefenen, of na een rechterlijke beslissing inzake de hoofdverblijfplaats van het kind ten minste één jaar door één of meer anderen als behorende tot het gezin is verzorgd en opgevoed, kan een met gezag belaste ouder slechts met toestemming van degene die de verzorging

en opvoeding op zich heeft genomen, wijziging in het verblijf van het kind brengen.

2. Voor zover de volgens het vorige lid vereiste toestemming niet wordt verkregen, kan zij op verzoek van de ouder door die van de rechtbank worden vervangen. Dit verzoek wordt slechts ingewilligd indien de kinderrechtter dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt.
3. In geval van afwijzing van het verzoek is de beschikking van kracht gedurende een door de rechtbank te bepalen termijn, die de duur van zes maanden niet te boven mag gaan. Is echter vóór het einde van deze termijn een verzoek tot ondertoezichtstelling van het kind, dan wel tot beëindiging van het gezag van één ouder of van beide ouders aanhangig gemaakt, dan blijft de beschikking gelden, totdat op het verzoek bij gewijsde is beslist.

ARTIKEL 336a

1. Indien de minderjarige door een ander of anderen dan zijn voogd als behorende tot het gezin met instemming van de voogd of na een rechterlijke beslissing inzake de hoofdverblijfplaats van de minderjarige ten minste één jaar is verzorgd en opgevoed, kan de voogd niet dan met toestemming van degenen die de verzorging en opvoeding op zich hebben genomen, wijziging in het verblijf van de minderjarige brengen.
2. Voor zover de volgens het vorige lid vereiste toestemming niet wordt verkregen, kan zij op verzoek van de voogd door die van de rechtbank worden vervangen. Dit verzoek wordt slechts ingewilligd indien de kinderrechtter dit in het belang van de minderjarige wenselijk oordeelt.
3. In geval van afwijzing van het verzoek is de beschikking van kracht gedurende een door de rechtbank te bepalen termijn, die de duur van zes maanden niet te boven mag gaan. Is echter vóór het einde van deze termijn een verzoek tot ondertoezichtstelling van de minderjarige, tot beëindiging van de voogdij, dan wel een verzoek als bedoeld in artikel 299a, aanhangig gemaakt, dan blijft de beschikking gelden, totdat op het verzoek bij gewijsde is beslist.

4. In geval van gezamenlijke uitoefening van de voogdij wordt de in het eerste lid bedoelde instemming door beide voogden gegeven.

Toelichting:

De wijzigingen beogen te verduidelijken dat het blokkaderecht ook onverkort van toepassing is als het kind ten minste één jaar woont in het gezin van zijn met gezag belaste ouder en diens nieuwe partner - ongeacht of dat met instemming van de andere met gezag belaste ouder is of dat de hoofdverblijfplaats van het kind door de rechter is vastgesteld - en vervolgens bijvoorbeeld de met gezag belaste ouder komt te overlijden. In de situatie waarin de beide ouders waren belast met het gezamenlijk gezag, is de overlevende ouder na het overlijden van de andere ouder van rechtswege belast met het eenhoofdig gezag. Daarmee is deze onder meer bevoegd tot het bepalen van de hoofdverblijfplaats van het kind. Met de inroeping van het blokkaderecht zal de stiefouder zich kunnen verzetten tegen een, al dan niet onverhoeds, weghalen van het kind uit zijn vertrouwde omgeving. Een juridische ouder heeft onder de huidige regeling van het blokkaderecht een voorkeurspositie om vervangende toestemming van de rechter te verkrijgen om wijziging te brengen in de verblijfplaats van het kind. In de voorgestelde regeling (lid 2) wordt in de beoordeling van het verzoek om vervangende toestemming het belang van het kind centraal gesteld en vervalt de voorkeurspositie van de juridische ouder. Het kind kan belang hebben bij het verder opgroeien bij de eigen ouder, maar het kan ook belang hebben bij het kunnen blijven in zijn vertrouwde omgeving bij de stiefouder. Die afweging zal aan de hand van de omstandigheden worden gemaakt door de kinderrechter.

- *De artikelen 253i tot en met 253m (Het bewind van de ouders) blijven ongewijzigd, behoudens eventuele aanpassing van nummering van artikelen en redactionele aanpassingen aan het meerpersoonsgezag.*
- *In de artikelen 253q en 253r zijn met het oog op meerouderschap/gezag enkele kleine redactionele aanpassingen gewenst. Daarnaast dient in artikel 253q rekening te worden gehouden met de toepassing op het gezag van de ouder samen met een ander dan de ouder. Hier toe dient het vijfde lid van artikel 253v te worden verwerkt.*
- *Artikel 253y is niet langer opgenomen, nu het hierin bepaalde reeds logisch volgt uit het systeem van de wet.*

- *Artikel 253w en artikel 282 lid 6 zouden moeten worden overgebracht naar titel 17, Levensonderhoud.*
- *In de in het voorgaande niet behandelde bepalingen met betrekking tot kindbeschermingsmaatregelen en voogdij (artikelen 254-278 respectievelijk 280-377; artikel 299a, eerste lid, is al in artikel Y verwerkt) zijn met het oog op meerouderschap en meerpersoonsgezag enkele redactionele aanpassingen gewenst, alsmede aanpassingen in de verwijzing naar gewijzigde bepalingen.*



Bijlage II BEGRIPPEN

Anonieme donor	De zaad- of eiceldonor van wie de identiteit onbekend is aan de vrouw bij wie kunstmatige donorbefruchting heeft plaatsgevonden.
Anonieme zaaddonor	De mannelijke donor, genoemd in artikel 1 onder c onder 1 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, van wie bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting staat geregistreerd dat de identiteit onbekend is aan de vrouw bij wie kunstmatige donorbefruchting heeft plaatsgevonden. <i>(Artikel 2 lid 2 tweede volzin Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting)</i>
Bekende donor	De zaad- of eiceldonor van wie de identiteit bekend is aan de vrouw bij wie kunstmatige donorbefruchting heeft plaatsgevonden.
Betaald draagmoederschap	Een arrangement waarbij de wensouder(s) de draagmoeder een financiële of anderszins op geld waardeerbare vergoeding geeft (geven), die de daadwerkelijke kosten te boven gaat die voor de draagmoeder zijn of zullen zijn verbonden aan het dragen en het baren van het kind (synoniem: Commercieel draagmoederschap).
Commercieel draagmoederschap	Zie Betaald draagmoederschap.
Cryopreservatie	Techniek waarbij gameten of embryo's worden ingevroren om deze op een later tijdstip te kunnen gebruiken.
Donor	Degene die zaad of een eikel heeft afgestaan ten behoeve van kunstmatige donorbefruchting. <i>(Artikel 1 onder d Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting)</i>
Draagmoeder	De vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te dragen en te baren ten behoeve van wensouders.
Duomoeder	De (overleden) echtgenote of de (overleden) geregistreerde vrouwelijke partner van de geboortemoeder ten tijde van of kort voorafgaand aan de geboorte van het kind, alsmede de vrouw die het kind heeft erkend of van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld. <i>(Artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder b, c en d BW)</i>
Family life	Het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking tussen twee of meer personen.
Gameet	Geslachtscel (zaadcel of eikel).
Geboortemoeder	De vrouw uit wie het kind is geboren. <i>(Artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW)</i>
Genetisch verwante draagmoeder	Draagmoeder die een kind draagt en baart dat is ontstaan uit haar eigen eikel (laagtechnologisch of traditioneel draagmoederschap).
Genetische moeder	De vrouw uit wier eikel het kind is ontstaan.
Genetische ouder	De genetische vader of moeder.
Genetische vader	De man uit wiens zaadcel het kind is ontstaan.

Gezag	De bevoegdheid om beslissingen te nemen over een minderjarige die betrekking hebben op de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte. (Artikel 1:245 leden 1 en 4 BW)
Gezamenlijk gezag	Gezag uitgeoefend door de ouders gezamenlijk of door een ouder samen met een ander dan een ouder. (Artikel 1:245 leden 3 en 5 BW)
Gezin	Elk leefverband van één of meer volwassenen die verantwoordelijkheid dragen voor de verzorging en opvoeding van één of meer kinderen. (Kabinetsnotitie over de maatschappelijke positie en de functie van het gezin, Kamerstukken II 1995/96, 24887, 1, p. 1)
Hoogtechnologisch draagmoederschap	Zie IVF-draagmoederschap
ICSI	Intra Cytoplasmatische Sperma Injectie, het injecteren van een geselecteerde zaadcel in het plasma van de eicel.
Intentionele meeroudersituatie	Situatie waarin een kind meer dan twee sociale, al dan niet juridische ouders heeft en bij deze ouders de gezamenlijke intentie bestond om deze situatie te laten ontstaan (tegenhanger: Niet-intentionele meeroudersituatie).
IUI	Intra Uteriene Inseminatie, waarbij zaad voorbij de baarmoedermond, in de baarmoeder zelf, wordt ingebracht.
IVF	In Vitro Fertilisatie, vruchtbaarheidsbehandeling waarbij de bevruchting buiten het lichaam tot stand komt.
IVF-draagmoederschap	Draagmoederschap met IVF (synoniem: Hoogtechnologisch draagmoederschap).
Juridische moeder	Zie Moeder.
Juridische ouders	De juridische vader(s) en/of juridische moeder(s) van het kind.
Juridische vader	Zie Vader.
KID	Kunstmatige Inseminatie met zaad van een Donor.
KIE	Kunstmatige Inseminatie met zaad van de Eigen partner (echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel).
Kind	In de zin van minderjarige: De persoon die de leeftijd van achttien jaren niet heeft bereikt en evenmin meerderjarig is verklaard. (Artikel 1:233 BW, vergelijk artikel 1 IVRK en artikel 2 HKbV 1996) In afstammingsrechtelijke zin (kind van een ouder): De persoon die in de nederdalende lijn (afstammeling) in de eerste graad tot een ouder in familierechtelijke betrekking staat. (Artikel 1:3 lid 1 in verbinding met artikel 1:197 BW)

Kinderhandel	Het werven, vervoeren, overbrengen van en het bieden van onderdak aan of het opnemen van kinderen, ten behoeve van uitbuiting. Uitbuiting omvat mede: ten minste de uitbuiting van prostitutie van anderen of andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of praktijken die vergelijkbaar zijn met slavernij, onderworpenheid of de verwijdering van organen. <i>(Artikel 4 onder a en c Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel)</i>
Kinderkoop	Iedere handeling of transactie waarbij een kind wordt overgedragen door een persoon of groep personen aan een andere persoon of groep personen tegen betaling of een andere vorm van vergoeding. <i>(Artikel 2 onder a Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK)</i>
Kunstmatige donor-bevruchting	Het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van handelingen, gericht op het anders dan op natuurlijke wijze tot stand komen van een zwangerschap met gebruikmaking van zaad van een ander dan de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de vrouw of een eikel van een andere vrouw. <i>(Artikel 1 onder c Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting)</i>
Kunstmatige inseminatie (KI)	Het in de vagina inbrengen van zaadcellen zonder geslachtsgemeenschap.
Laagtechnologisch draagmoederschap	Zie Traditioneel draagmoederschap.
Levensgezel	De meerderjarige persoon met wie, anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner, een nauwe persoonlijke betrekking wordt onderhouden.
Meeroudergezag/ meerpersoonsgezag	Situatie waarin meer dan twee personen (een vorm van) gezag over een minderjarig kind uitoefenen.
Meerouderschap	Situatie waarin een kind meer dan twee juridische ouders heeft.
MESA	Microchirurgische Epididymale Sperma Aspiratie (dezelfde techniek als PESA, maar dan microchirurgisch en onder narcose uitgevoerd).
Minderjarige	De persoon die de leeftijd van achttien jaren niet heeft bereikt en evenmin meerderjarig is verklaard. <i>(Artikel 1:233 in verbinding met artikel 1:253ha BW)</i>
Moeder	De geboortemoeder, de duomoeder en/of de vrouw die het kind heeft geadopteerd. <i>(Artikel 1:198 BW)</i>
Niet-genetisch verwante draagmoeder	Draagmoeder die een kind draagt en baart dat niet is ontstaan uit haar eigen eikel (hoogtechnologisch of IVF-draagmoederschap).
Niet-intentionele meeroudersituatie	Situatie waarin een kind meer dan twee sociale ouders heeft, maar bij deze ouders niet de gezamenlijke intentie bestond om deze situatie te laten ontstaan (tegenhanger: Intentionele meeroudersituatie).

Onbekendheidsverklaring	De verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor met behulp van wiens zaad de kunstmatige bevruchting heeft plaatsgevonden, bij de geboortemoeder onbekend is. (Artikel 3a Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting)
Opvoeder	De persoon die een pedagogische relatie met het minderjarige kind heeft.
Ouderlijk gezag	Gezag uitgeoefend door een ouder.
Ouders	De juridische vader(s) en/of juridische moeder(s) van het kind.
Ouderschapsplan	De familierechtelijke overeenkomst waarin ten minste afspraken zijn opgenomen over de verdeling van zorg- en opvoedingstaken, het recht en de verplichting tot omgang, de wijze waarop ouders informatie delen en elkaar raadplegen over gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de minderjarige kinderen en de kosten van de verzorging en opvoeding. (Artikel 815 lid 3 onder a, b en c Rv; zie ook artikel 1:247 lid 5 BW)
PESA	Percutane Epididymale Sperma Aspiratie, techniek waarbij zaadcellen met een dunne naald worden opgezogen uit de bijbal.
Pleegkind	Het minderjarige kind dat duurzaam door een pleegouder als eigen kind wordt verzorgd en opgevoed.
Pleegouder	De persoon die een minderjarig kind dat niet zijn kind of stiefkind is, als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt.
Pleegoudervoogd	De pleegouder die tevens is belast met voogdij als bedoeld in Boek 1 BW. (Artikel 1.1 Jeugdwet)
Sociale ouder	De volwassen persoon met een nauwe persoonlijke betrekking ('family life') met het kind, die dit kind feitelijk verzorgt en opvoedt.
Stiefkind	Het kind van de echtgenoot of geregistreerde partner, van welk kind men niet zelf ouder is. (Artikel 4:8 lid 3 eerste volzin BW)
Stiefouder	De echtgenoot of geregistreerde partner van een ouder, van wiens kind de echtgenoot of geregistreerde partner niet zelf ouder is.
TESE	Testiculaire Sperma Extractie, techniek waarbij de balzak en de teelbal worden geopend om via een biopt zaad te verkrijgen.
Traditioneel draagmoederschap	Draagmoederschap waarbij de zwangerschap door middel van geslachts-gemeenschap of met behulp van kunstmatige inseminatie tot stand wordt gebracht (synoniem: Laagtechnologisch draagmoederschap).
Vader	De (overleden) echtgenoot of de (overleden) mannelijke geregistreerde partner van de geboortemoeder ten tijde van of kort voorafgaand aan de geboorte van het kind, alsmede de man die het kind heeft erkend, van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld of die het kind heeft geadopteerd. (Artikel 1:199 BW)

Van rechtswege	Gevolg dat enkel door de kracht van het recht of de wet intreedt, zonder dat hiervoor een nadere handeling behoeft te worden verricht.
Verwekker	De man die door middel van geslachtsgemeenschap een kind heeft verwekt.
Voogd	Een ander dan een ouder die het gezag uitoefent over een minderjarige. (Artikel 1:245 lid 3 tweede volzin BW)
Voogdij	Situatie waarin een ander dan een ouder het gezag uitoefent over een minderjarige. (Artikelen 1:280 e.v. BW)
Wensouder	<p>Algemeen: De persoon met een kinderwens.</p> <p>In een draagmoederschapsconstructie: De persoon ten behoeve van wie de draagmoeder het kind draagt en baart.</p>





Bijlage III PERSONEN DIE ZIJN GESPROKEN

RONDETAfelGESPREKKEN IN HET BELANG VAN HET KIND, 14 NOVEMBER 2014

Dr. A. Vinke (orthopedagoog, eigen praktijk gericht op adoptie)

P. de Bont (Stichting wensouders)

Prof. dr. R. van IJzendoorn (Universiteit Leiden)

J.A.P. van Hooff (FIOM)

C. Verkerk (Pleegzorg Nederland/Jeugdzorg Nederland)

L. Stronks (gezinshuisouder)

Mr. H.M. de Vries en mr. J. Polders-Reinders (Raad voor de Kinderbescherming)

prof. dr. C. Forder (Vrije Universiteit Amsterdam)

prof. mr. D.W.J.M. Pessers (Universiteit van Amsterdam)

A. van Rest en mr. L. Bosch (Defence for Children Nederland)

Mr. M. Weemaes (Kinderombudsman)

EXPERTBIJeenKOMST, 12 DECEMBER 2014

T. Ineke en P. Tijsma (COC)

A.A.C. Cras en G.W.M. van Bruinessen-Boon (Stichting Nieuw Gezin Nederland/Stichting voor Stiefgezinnen en Stichting Stiefmoeders Nederland)

T. van der Meer en L. van Wietingen (Stichting donorkind)

J. Martens, S. Coster en M. Faber (Stichting meer dan gewenst)

Mr. M. Hillen-Muns en mr. S. Heyning (KNB)

Mr. M.L.C.C. de Bruijn-Lückers (LOVF)

Mr. D. Kroezen (vFAS)

Mr. P.J. Montanus (Wetgevingsadviescommissie familie- en jeugdrecht NOvA)

Dr. H.M.W. Bos (Universiteit van Amsterdam)

Prof. mr. J.E. Doek (Vrije Universiteit Amsterdam)

Prof. dr. I. Weijers (Universiteit Utrecht)

Prof. mr. M.V. Antokolskaia (Vrije Universiteit Amsterdam)

GESPREKKEN MEDISCHE BEROEPSGROEP

Prof. dr. S. (Sjoerd) Repping (hoogleraar Universiteit van Amsterdam / hoofd Centrum voor Voortplantingsgeneeskunde, klinisch embryoloog AMC)

Dr. C. Verhaak (klinisch psycholoog, psychotherapeut, Radboudumc)

Dr. R. Schats (hoofd voortplantingsgeneeskunde VUmc)

Prof. dr. J.S.E. Laven (hoofd van de subafdeling Voortplantingsgeneeskunde, Erasmus MC)

J. Knijnenburg (directeur Freya)

A. van Tent-Bodisco Massink (bestuurslid Freya en voorzitter van de commissie belangenbehartiging)

Beraadsgroep voortplantingsgeneeskunde Erasmus MC

EXPERTBIJENKOMST, 11 FEBRUARI 2015

Drs. K.M. Buitenweg (lid College voor de Rechten van de Mens)

Dr. N.R. Koffeman LLM (Universiteit Leiden)

Prof. mr. drs. M.R. Bruning (Universiteit Leiden)

Dr. M. den Uyl (Vrije Universiteit Amsterdam)

Mr. E.W.M. Gubbels (Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken)

Prof. dr. K.R.S.D. Boele-Woelki (Universiteit Utrecht)

Mr. H. Faasen (Notaris Faasen Grijmans)

BIJENKOMST BURGERLIJKE STAND, BRP EN LANDELIJKE TAKEN, 31 MAART 2015

Mr. E.W.M. Gubbels (gemeente Amsterdam)

H. Kokken (gemeente Den Haag)

A. Baptiste (gemeente Den Haag)

H. Vat (gepensioneerd ambtenaar burgerzaken gemeente Rotterdam)

BIJENKOMST BRP, 17 MAART 2016

Mr. E.W.M. Gubbels (gemeente Amsterdam)

X. Seijs (gemeente Amsterdam)

M. Gordijn (gemeente Maastricht)

Drs. E.C. Petray (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)

Mr. E.N. Frohn (Internationaal Juridisch Instituut)

H.P. Thépass (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

BIJEENKOMST GEZAGSREGISTER, 9 JUNI 2016

Mr. J. Calkoen (Raad voor de Rechtspraak, Rechtbank Zeeland-West-Brabant)

Mr. H. Has (Rechtbank Amsterdam)

Mr. A. Flos (Rechtbank Overijssel)

B. Schellekens LLM (Raad voor de Rechtspraak)

Mr. K. Aarde (Raad voor de Rechtspraak)

PRESENTATIES TER VERGADERING VAN DE STAATSCOMMISSIE

Prof. dr. G.M.W.R. de Wert (Universiteit Maastricht), vergadering 1 oktober 2014

Prof. dr. F. Swennen (Universiteit Antwerpen), bijeenkomst 12 maart 2015

Prof. dr. T. Kruger (Universiteit Antwerpen), bijeenkomst 12 maart 2015

Dr. M.J. Vonk LLM, MA (Universiteit Leiden), vergadering 8 april 2015

Prof. S. Golombok (University of Cambridge), vergadering 13 mei 2015

INDIVIDUELE BIJEENKOMSTEN MET (LEDEN VAN) DE STAATSCOMMISSIE

Dr. H.M.W. Bos (Universiteit van Amsterdam), telefonisch 26 september 2014

Dr. I. Geesink (coauteur Nier te koop – Baarmoeder te huur. Wereldwijde handel in lichaamsmateriaal, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011), telefonisch 1 oktober 2014

Prof. dr. M. de Winter (Universiteit Utrecht), 5 december 2014

Prof. dr. R.A.C. Hoksbergen
H. Westra (United Adoptees International), 14 januari 2015

Prof. mr. P. Vlaardingerbroek (Universiteit van Tilburg), 11 maart 2015

Mr. C. Dettmeijer-Vermeulen (Nationaal rapporteur mensenhandel en seksueel geweld tegen kinderen), 26 augustus 2015

M.L.M. Dullaert MBA en mr. C. van der Kooi (Kinderombudsman), 11 november 2015

Prof. R.D. Parke Ph.D. (University of California), videoconferentie 9 december 2015

Dr. A. Nap en dr. C.J.E. Kaandorp (NVOG-werkgroep), 11 november 2015 en 10 februari 2016

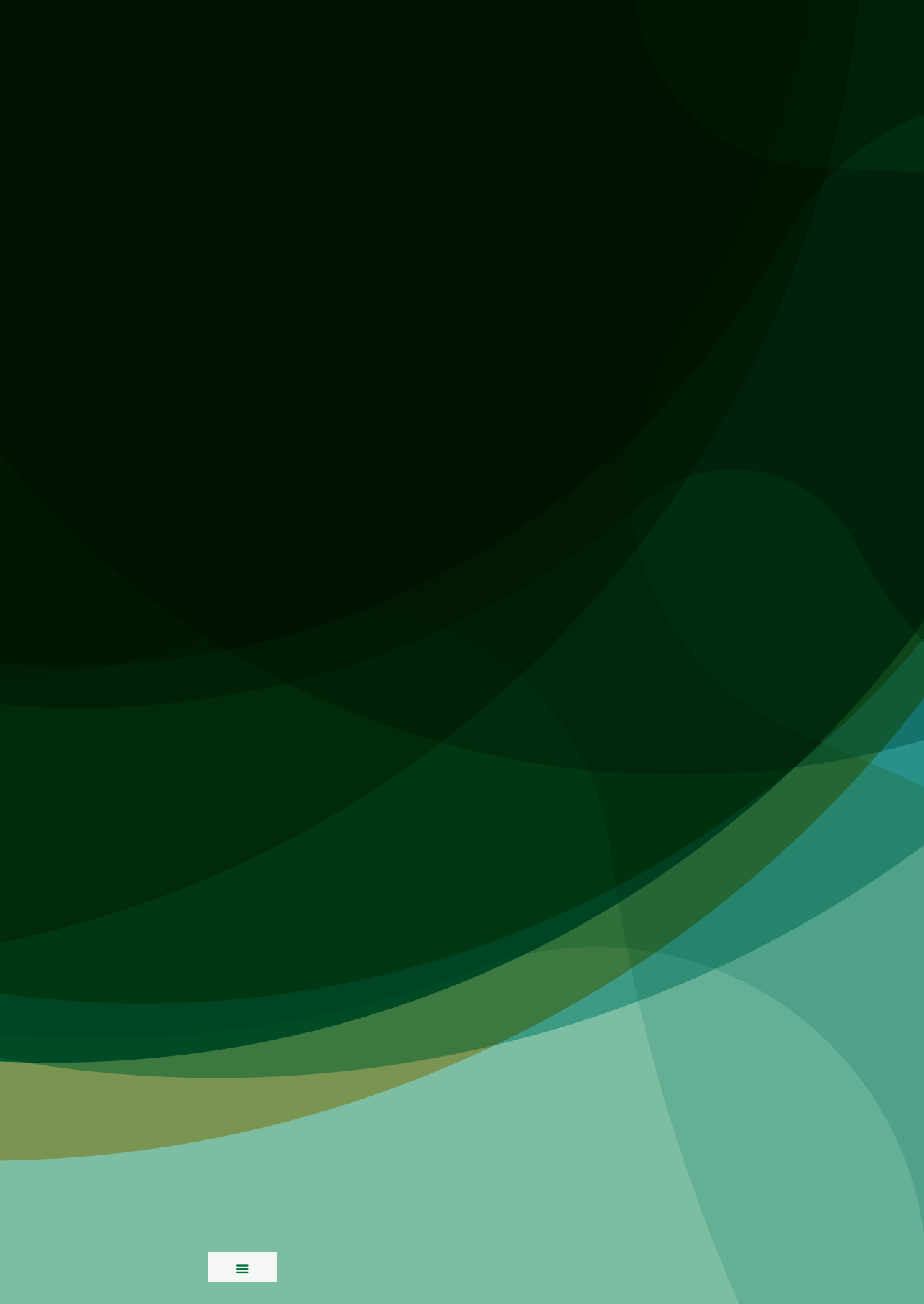
Prof. dr. R. Keizer (Universiteit van Amsterdam), 10 maart 2016

Op verzoek van de Staatscommissie zijn schriftelijke bijdragen ontvangen van:

Prof. mr. W.M. Schrama (Universiteit Utrecht en Rijksuniversiteit Groningen)

Prof. mr. C. Waaldijk (Universiteit Leiden)

C.I. Achmad LLM (buitenpromovenda Universiteit Leiden)



Bijlage IV UITGEVOERDE ONDERZOEKEN

De Staatscommissie heeft een aantal onderzoeken uitgevoerd en laten uitvoeren. Deze onderzoeken zijn beschikbaar via rijksoverheid.nl.

Onderzoek naar de totstandkoming en werking van de British Columbia (Canada) Family Law Act met betrekking tot meerouderschap en draagmoederschap.

M.J. Vonk, *Rapport naar aanleiding van vragen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over het meerouderschap in British Columbia, Canada*, Leiden: Universiteit Leiden 2015.

Quickscan naar het voorkomen en de regeling van meerouderschap en meeroudergezag binnen verschillende landen binnen de EU/EER, Nieuw-Zeeland en deelstaten van de VS en Canada en de mogelijke erkenningskansen in deze landen van elders tot stand gekomen meerouderschap en meeroudergezag.

K. Sikorska, T. Kruger & F. Swennen, *Meerouderschap en meeroudergezag*, Antwerpen: Onderzoeksgroep Persoon & Vermogen, Universiteit Antwerpen 2015.

Onderzoek onder kinderen en jongeren naar hoe zij tegen ouderschap aankijken, wat iemand een ouder maakt en met hoeveel personen zij dat zouden kunnen ervaren.

T. Pehlivan & M. Wiersma, *Wie zijn jouw ouders? Perspectieven van kinderen en jongeren op ouderschap. Eindrapport Stichting Alexander*, Amsterdam: Stichting Alexander 2015.

Onderzoek naar de behoefte onder pleegouders aan het uitoefenen van het gezag over het pleegkind en de redenen waarom pleegouders af zien van gezag over het pleegkind. Daarnaast een onderzoek naar de beweegredenen van pleegoudervoogden om hun pleegkind al dan niet te adopteren.

W. Smit e.a., *Pleegouders over gezag en adoptie*, Amsterdam: Regio-plan 2015.

Onderzoek naar de verhouding van mogelijke draagmoederschapsregelingen tot het Europees recht, meer in het bijzonder het vrij verkeer van diensten. Daarnaast een onderzoek naar de positie van de genetisch verwante draagmoeder onder artikel 8 EVRM bij afstand van een kind.

N.R. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan Europees recht. Onderzoek in opdracht van de Staatscommissie Herijking ouderschap*, Universiteit Leiden 2016.



Bijlage V GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Achmad 2012-1

C. Achmad, 'Contextualising a 21st century challenge: Part One: Understanding international commercial surrogacy and the parties whose rights and interests are at stake in the public international context', *New Zealand Family Law Journal* 2012/7.

Achmad 2012-2

C. Achmad, 'Contextualising a 21st century challenge: Part Two: Public International law human rights issues: What are the rights and interests of women and children at stake in international commercial surrogacy arrangements?', *New Zealand Family Law Journal* 2012/8.

Adriaanse, Van Vugt & Haak 2016

B.M.E. Adriaanse, J.M.G. van Vugt & M.C. Haak, 'Three- and four-dimensional ultrasound in fetal echocardiography: an up-to-date overview', *Journal of Perinatology* 2016: 1-9, doi:10.1038/jp.2016.23.

Alston & Gilmour-Walsh 1996

P. Alston & B. Gilmour-Walsh, *The Best Interest of the Child. Towards a synthesis of children's rights and cultural values*, Unicef 1996.

Androulidakis-Dimitriadis & Poulou 2015

I. Androulidakis-Dimitriadis & E. Poulou, 'Greece', in: *Family and Succession Law*, Den Haag: Wolters Kluwer 2015, Suppl. 75.

Antokolskaia e.a. 2014

M.V. Antokolskaia e.a., *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (in licentie van WODC/Ministerie van Veiligheid en Justitie) 2014.

Archard 2004

D. Archard, *Children, Rights and Childhood*, Abingdon: Taylor & Francis Group 2004.

Archard & Skivenness 2009

D. Archard & M. Skivenness (2009). Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views, *International Journal of Childrens Rights*, 2009/17, p. 1-21.

Asser/De Boer 2010

J. de Boer, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Vonken 2016

A.P.M.J. Vonken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel II. Het internationale personen-, familie- en erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Wiarda 1957

J. Wiarda, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, deel 1, 9e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Van der Avort, Cuyvers & De Hoog 1996

A. van der Avort, P. Cuyvers & K. de Hoog (red.), *Het Nederlandse gezinsleven aan het eind van de twintigste eeuw*, Den Haag: Nederlandse Gezinsraad 1996.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2004, p. 7-114.

Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008

T. Barkhuysen, M. van Emmerik & E. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

De Beaufort 2006

I. de Beaufort, 'Prins Harry, de cuculus canorus, behangers of Franse zangers', *Filosofie en Praktijk*, jaargang 25, nr.1.

Beeson, Jennings & Kramer 2011

D.R. Beeson, P.K. Jennings & W. Kramer, 'Offspring searching for their sperm donors: how family type shapes the process', *Human Reproduction* 2011, doi: 10.1093/humrep/der202.

Bennett 2008

R. Bennett, 'Is Reproduction Women's Business? How Should we Regulate Regarding Stored Embryos, Posthumous Pregnancy, Ectogenesis and Male Pregnancy?', *Studies in Ethics, Law and Technology* 2008/2, nr. 3, doi: 10.2202/1941-6008.1037.

Blaak e.a. z.j.

M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, raadpleegbaar via www.defenceforchildren.nl/p/256, zoals geraadpleegd op 5 december 2015.

Blauwhoff 2009

R.J. Blauwhoff, *Foundational facts, relative truths, a comparative law study on children's right to know their genetic origins* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2009.

Boele-Woelki e.a. 2011

K. Boele-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, WODC 2011.

Boele-Woelki 2013

K. Boele-Woelki, 'Wie zijn de ouders naar Nederlands recht ingeval van een internationaal draagmoederschap?', in: S. Rutten & K. Saarloos (red.), *Van afstamming tot nationaliteit*, Opstellen aangeboden aan professor mr. G.R. de Groot ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht aan de Universiteit Maastricht, Deventer: Kluwer 2013, p. 9-19.

De Boer & Ibili 2012

Th.M. de Boer & F. Ibili (red.), *Nederlands internationaal personen- en familierecht. Wegwijzer voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2012.

Bolt, Buijsen & Hunfeld 2004

L.L.E. Bolt, M.A.J.M. Buijsen & J.A.M. Hunfeld (red.), *Morele contra-indicaties voor ouderschap?*, Budel: Uitgeverij Damon 2004.

Van den Boom 1998

D. van den Boom, 'De betekenis van het hechtingsonderzoek voor veranderend ouderschap', in: H.E.M. Baartman & J.M.A.M. Janssens (red.), *Jeugdhulpverlening en jeugdbescherming: werken met risico's*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1998, p. 109-128.

Bos 2004

H.M.W. Bos, *Parenting in planned lesbian families*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2004.

Bos 2014

A.M.E. Bos, 'Eiceldonatie: wie doen het en wat kost het ze?', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2014, 158: A7572.

Bos & Van Gelderen 2010

H.M.W. Bos & L. van Gelderen, 'Homo- en lesbisch ouderschap in Nederland', in: S. Keuzenkamp (red.), *Steeds gewoner, nooit gewoon. Acceptatie van homoseksualiteit in Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2010.

Braat e.a. 2010

D.D.M. Braat e.a., 'Maternal death related to IVF in the Netherlands 1984-2008', *Human Reproduction* 2010, afl. 25, p. 1782-1786.

Broekhuijsen-Molenaar 1999

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht', in: K. Boele-Woelki & M. Oderkerk, *De (on)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen: Intersentia 1999.

Brown 2010

S.L. Brown, 'Marriage and Child Well-Being: Research and Policy Perspectives', *Journal of Marriage and Family* 2010/72, afl. 5, p. 1059-1077, doi: 10.1111/j.1741-3737.2010.00750.x.

Bruning 2007

M.R. Bruning, 'Equality of arms', *FJR* 2007/1.

Bucx & Bot 2012

F. Bucx & S. Bot, 'Opvoeding van kinderen: wiens zorg?', in: V. Veldheer e.a. (red.), *Een beroep op de burger, Minder verzorgingsstaat, meer eigen verantwoordelijkheid? Sociaal en Cultureel Rapport 2012*, Den Haag: SCP 2012.

Van Bueren 1995

G. van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1995.

Bulletti e.a. 2011

C. Bulletti e.a., 'The artificial womb', *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2011/1221, p.124-128, doi: 10.1111/j.1749-6632.2011.05999.x.

Burley & Harris 2002

J. Burley & J. Harris (red.), *A companion to Genetics: Philosophy and the Genetic Revolution*, Oxford: Blackwell 2002.

Cabrera e.a. 2014

N.J. Cabrera e.a., 'The ecology of father-child relationships: An expanded model', *Journal of Family Theory & Review* 2014/6, p. 336-354.

Carroll 2010

A.B. Carroll, 'Re-regulating the Baby Market: A Call for a Ban on Payment of Birth Mother Living Expenses', *Kansas Law Review*, 28 april 2010.

CBO 2003

Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, *Modelreglement Embryowet*, Utrecht 2003.

Coester Waltjen 2016

D. Coester Waltjen, 'Die Mitmutterschaft nach südafrikanischem Recht im deutschen Geburtsregister', *IPRax* 2016, p. 132-139.

Commissie Kortmann 1992

De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (Commissie Kortmann), *Leefvormen*, Den Haag: 1992.

Commissie Wiarda 1971

Commissie voor de herziening van het Kinderbeschermingsrecht (Commissie Wiarda), *Jeugdbeschermingsrecht*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1971.

Currie e.a. 2012

C. Currie e.a., *Social determinants of health and well-being among young people. Health Behaviour in School-aged Children (HBSC) study: international report from the 2009/2010 survey*, Kopenhagen: WHO Regional Office for Europe 2012.

Delfos & Doek 1984

G. Delfos en J.E. Doek, *Ouderlijke macht en minderjarigheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

Dermout 2001

S.M. Dermout, *De eerste logeerpartij. Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland* (diss. Groningen), Groningen: Groningen University 2001.

Desmet, Op de Beeck & Vandenhole 2013

E. Desmet, H. Op de Beeck & W. Vandenhole, Het kind- en jongeren-effectrapport (JoKER) in de weegschaal, *TJK* 2013/1, p. 6-22.

Deutscher Ethikrat 2009

Deutscher Ethikrat, *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, Berlijn 2009.

Van Dijk e.a. 2006

P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Dondorp 2006

W.J. Dondorp, 'Vergoeding van IVF: alleen als het echt nodig is?', in: I.D. de Beaufort & G.A. den Hartogh (red.), *Een hoge prijs voor een kind? Morele problemen van nieuwe reproductieve technieken*, Assen: Van Gorcum 2006, p. 70-82.

Dondorp e.a. 2010

W.J. Dondorp e.a., 'Shared lesbian motherhood: a challenge of established concepts and frameworks', *Human Reproduction* 2010, afl. 4, p. 812-814.

Dondorp & De Wert 2012

W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, *Reageerbuisdebat. Over de maakbaarheid van de voortplanting*, Den Haag: ZonMw 2012.

Donnez & Dolmans 2015

J. Donnez & M.M. Dolmans, 'Ovarian cortex transplantation: 60 reported live births brings the success and worldwide expansion of the technique towards routine clinical practice', *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 2015/32, afl. 8, p. 1167-1170, doi: 10.1007/s10815-015-0544-9.

Druzenko 2013

G. Druzenko, 'Ukraine', in: K. Trimmings & P. Beaumont (red.), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Eekelaar 1994

J. Eekelaar, 'The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determination', *International Journal of Law and the Family* 1994, Vol. 8 (1), p. 42-61.

Eekelaar 2015

J. Eekelaar, 'The role of the best interests principle in decisions affecting children and decisions about children', *International Journal of Children's Rights* 2015, Vol. 23 (1), p. 3-26.

ESHRE 2005

ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Surrogacy', *Human Reproduction* 2005, p. 2705-2707.

ESHRE 2007

ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'The welfare of the child in medically assisted reproduction', *Human Reproduction* 2007, p. 2585-2588.

ESHRE 2011

ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Intrafamilial medically assisted reproduction', *Human Reproduction* 2011, p. 504-509.

ESHRE 2014

ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people', *Human Reproduction* 2014, p. 1859-1865.

Forder 2013

C. Forder, 'Commentaar op artikel 8 EVRM, par. C1.1.1.2, Relaties tussen volwassenen en kinderen', in: *Sdu Commentaar EVRM, Deel 1 – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Freeman 1996

M. Freeman, 'The New Birth Right? Identity and the Child of the Reproduction Revolution', *International Journal of Children's Rights* 1996 (4), p. 273-297.

Freeman 2007

M. Freeman, *Article 3: The Best Interests of the Child. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden: Martinus Nijhoff 2007.

Frohn & Ibili 2011

E.N. Frohn & F. Ibili, 'Boek 10 BW (IPR) en personen- en familierecht', *FJR* 2011/122, p. 363-371.

Van Gelderen 2012

L. van Gelderen, *Adolescents in planned lesbian families in the U.S. and the Netherlands: stigmatization, psychological adjustment, and resilience* (diss.), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2012.

Geurts 2012

T. Geurts, *Grandparent-grandchild relationships in The Netherlands: a dynamic and multigenerational perspective*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2012.

Gezondheidsraad 1998

Gezondheidsraad, *IVF*, Rijswijk 1998

Glover 1984

J. Glover, *What sort of people should there be?*, London: Penguin Books 1984.

Glover 2006

J. Glover, *Choosing Children, Genes, Disabilities and Design*, Oxford: OUP 2006.

Goldstein e.a. 1979

J. Goldstein e.a., *De toverformule: in het belang van het kind*, Deventer: Kluwer 1979.

Golombok 2015

S. Golombok, *Modern Families, Parents and Children in New Family Forms*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

De Graaf 2011

A. de Graaf, 'Gezinnen in cijfers', in: F. Bucx (red.), *Gezinsrapport 2011, een portret van het gezinsleven in Nederland*, Den Haag: SCP 2011.

De Graaf e.a. 2012

J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

De Graaf e.a. 2015

J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het internationaal verdrag inzake de rechten van het kind in de Nederlandse rechtspraak deel II, 1 september 2011 – 1 september 2014*, Amsterdam: CCRA 2015.

Ter Haar 2013

J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Hakvoort 2011

E.M. Hakvoort, *Parenting and child adjustment after divorce. Family relationship quality, parental stress, and child adjustment in post-divorce families* (diss. Amsterdam UvA), 2011.

Hallers-Haalboom 2015

L. Hallers-Haalboom, *Mothers and fathers: Parenting practices in families with two children* (diss. Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2015.

HCCH 2012

HCCH, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Den Haag: 2012, prel. doc. no. 10.

HCCH 2014-1 (*The Study*)

HCCH, *A study of legal parentage and the issues from international surrogacy arrangements*, Den Haag: 2014, prel. doc. no. 3C.

HCCH 2014-2

HCCH, *The desirability and feasibility of further work on the parentage/ surrogacy project*, Den Haag: 2014, prel. doc. no. 3B.

Heerkens 2014

R. Heerkens, 'De juridische implicaties van ectogenese voor het toekomstige kind en zijn ouders', *FJR* 2014/68, p. 292-297.

Heida 2006

A. Heida, 'Omgangsrecht voor grootouders', *EB* 2006/43, p. 124.

Hendriks e.a. 2016

S. Hendriks e.a., 'Couples with non-obstructive azoospermia are interested in future treatments with artificial gametes', *Human Reproduction* 2016, doi: 10.1093/humrep/dew095.

Henstra 2002

A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht, een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 81 e.v.

Hermanns 2007

J.M.A. Hermanns, 'Opvoeden en opgroeien: een visie achter het beleid', in: P.A.H. van Lieshout, M.S.S. van der Meij & J.C.I. de Pree (red.), *WRR-verkenning 15: Bouwstenen voor betrokken jeugdbeleid*, Amsterdam: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid/Amsterdam University Press 2007, p. 21-49.

Hermanns 2008

J.M.A. Hermanns, *Verschoven Gezag. Methodisch werken in de voogdij*, Woerden/Utrecht: COACT Consult/Collegio 2008.

Holtrust 1993

N. Holtrust, *Aan moeders knie. De juridische afstammingsrelatie tussen moeder en kind* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993.

Van IJzendoorn 2008

M.H. van IJzendoorn, *Opvoeding over de grens. Gehechtheid, trauma en veerkracht*, Amsterdam: Boom Academic 2008.

Jansen 1982

I. Jansen, 'Herziening van het afstammingsrecht', *FJR* 1982, p. 45-49.

Jansens 2016

E. Jansen, 'De eigen(aardige) procesbevoegdheid van de minderjarige', *NJB* 2016/1563.

Janssens 2005

P.M.W. Janssens e.a., 'Wet donorgegevens Kunstmatige Bevruchting: inhoud en gevolgen', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2005, 149, p. 1412-1416.

Javda e.a. 2010

V. Javda e.a., 'Experiences of offspring searching for and contacting their donor', *Reproductive BioMedicine Online* 2010/20, p. 523-532.

Kalverboer & Zijlstra 2006

M.E. Kalverboer & A.E. Zijlstra, *Het belang van het kind in het Nederlands recht; voorwaarden voor ontwikkeling vanuit een pedagogisch perspectief*, Amsterdam: SWP Uitgeverij 2006.

Keizer 2016

R. Keizer, *Waar staat papa? Over grenzen denken*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2016.

Kesselring & De Winter 2013

M. Kesselring & M. de Winter, 'Allemaal opvoeders in de pedagogische civil society. Naar een theoretisch raamwerk van een ander paradigma voor opgroeien en opvoeden', *Pedagogiek* 2013, 33 (1), p. 5-20.

Koens z.j.

M.J.C. Koens, Personen- en familierecht (Groene Serie), Titel 12 (van Boek 1 BW), inleiding.

Koens 2013

M.J.C. Koens, 'Grootouders en kleinkinderen in het familierecht', *FJR* 2013/78, p. 226-238.

Koffeman 2015

N. Koffeman, *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Leiden: Intersentia, School of Human Rights Research, 2015.

Koffeman 2016

N. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan Europees recht. Onderzoek in opdracht van de Staatscommissie Herijking ouderschap*, Universiteit Leiden, 1 maart 2016.

Kop, Janssens & Mochtar 2014

P.A.L. Kop, P.M.W. Janssens & M.H. Mochtar, 'Kunstmatige inseminatie met donorsperma in Nederland: toekomstbestendig?', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2014; 158: A7232.

Kuijper 2014

P.A.W. Kuijper, *Een nieuwe visie op de afstamming. Is het ontstaan van een kind een actief of passief proces?* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2014 (ook opgenomen in Serie Recht en Praktijk, Personen- en Familierecht, deel 5).

Kuyper 2015

L. Kuyper, *Wel trouwen, niet zoenen. De houding van de Nederlandse bevolking tegenover lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender personen 2015*, SCP 2015.

Kyrou e.a. 2010

D. Kyrou e.a., 'Is the use of donor sperm associated with a higher incidence of preeclampsia in women who achieved a pregnancy after intra uterine insemination?', *Fertility and Sterility* 2010, Vol. 93, p. 1124-1127.

Lansdown 2005

G. Lansdown, *The evolving capacities of the child*, UNICEF 2005.

Lesthaeghe 2010

R. Lesthaeghe, 'The unfolding story of the second demographic transition', *Population and development review* 2010, 36 (2), p. 211-251.

Liefwaard 2016

T. Liefwaard, 'Het belang van het kind en de hooggespannen verwachtingen van het IVRK: Pleidooi voor een kinderrechtenbenadering', in: K. Hepping, S. Rap & J. Huijer (red.), *De pedagogische benadering van de jeugdrechtspleging* (liber amicorum prof. dr. Ido Weijers), Den Haag: Boom criminologie 2016.

Liefwaard & Doek 2015

T. Liefwaard & J.E. Doek (red.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht/New York: Springer 2015.

Light e.a. 2014

A.D. Light e.a., 'Transgender men who experienced pregnancy after female-to-male transitioning', *Obstetrics & Gynecology* 2014/125, p. 1120-1127, doi: 10.1097/AOG.0000000000000540.

De Looze e.a. 2014

M. de Looze e.a., *Gezondheid, Welzijn en opvoeding van jongeren in Nederland*, HBSC 2013, Utrecht: Universiteit Utrecht 2014.

Manning, Fetto & Lamidi 2014

W.D. Manning, M.N. Fetto & E. Lamidi, 'Child well-being in same-sex parent families: Review of research prepared for American Sociological Association Amicus Brief', *Population research and policy review* 2014, 33 (4), p. 485-502.

McLanahan & Sandefur 1997

S. McLanahan & G. Sandefur, *Growing Up With a Single Parent. What Hurts, What Helps*, Harvard: Harvard University Press 1997.

Meijdam-Slappendel 1996

M.H.P.M. Meijdam-Slappendel, *De adoptie in Nederland* (diss. Leiden), 1996.

Min Deng e.a. 2010

J. Min Deng e.a., 'Generation of viable male and female mice from two fathers', in: *Biology of Reproduction*, December 8, 2010, doi: 10.1095/biolreprod.110.088831.

De Mol 2014

M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

Van Mourik & Nuytinck 2015

M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Nuffield Council on Bioethics 2012

Nuffield Council on Bioethics, *Novel techniques for the prevention of mitochondrial DNA Disorders: an ethical review*, London 2012.

Nuffield Council on Bioethics 2013

Nuffield Council On Bioethics, *Donor Conception. Ethical Issues of Information Sharing*, London 2013.

Nuytinck 2002

A.J.M. Nuytinck, 'De complexiteit van de gezagsregeling', *FJR* 2002, afl. 7, p. 190-191.

Nuytinck 2008

A.J.M. Nuytinck, 'Het nieuwe, door de Tweede Kamer aangenomen echtscheidingsrecht: de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', *WPNR* 2008/6722, p. 739-745.

Nuytinck 2010

A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *WPNR* 2010/6841, p. 343-348.

NVOG 1998

NVOG, *Richtlijn Indicaties voor IVF*, Utrecht 1998.

NVOG 1999

NVOG, *Richtlijn nr. 18 Hoog technologisch draagmoederschap*, Utrecht 1999.

NVOG 2008

NVOG, *Standpunt vitrificatie van humane eicellen en embryo's*, Utrecht 2008 (addendum 2010).

NVOG 2010

NVOG, *Modelprotocol Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen*, Utrecht 2010.

NVOG 2014

NVOG, *Kwaliteitsnorm Geassisteerde voortplanting met chirurgisch verkregen zaadcellen*, Utrecht 2014.

NVOG 2015

NVOG, *Standpunt Gameetdonatie in een systeem van faire wederkerigheid*, Utrecht 2015.

NVOG 2016

NVOG, *Standpunt Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten, gedoneerde embryo's en draagmoederschap*, Utrecht 2016.

O'Neill & Ruddick 1979

O. O'Neill & W. Ruddick (red.), *Having Children: Philosophical and Legal Reflections on Parenthood*, New York: OUP 1979.

Palermo e.a. 1992

G. Palermo e.a., 'Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte', *Lancet* 1992/340, nr. 8810, p. 17-18.

Parke 2013

R. Parke, *Future Families. Diverse Forms, Rich Possibilities*, New York: Wiley-Blackwell 2013.

Parkes 2013

A. Parkes, *Children and international human rights law: the right of the child to be heard*, London: Routledge 2013.

Pennings 2015

G. Pennings, 'Een kind van ons beiden: eiceltransfer tussen lesbische partners', *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2015/71, nr. 21, p. 1409-1414, doi: 10.2143/TVG.71.21.2001987.

Pennings & De Wert 2003

G. Pennings & G.M.W.R. de Wert, 'Evolving ethics in medically assisted reproduction', *Human Reproduction* 2003, p. 387-404.

Pessers 2013

D. Pessers, 'De terugkeer van de bastaard; Een beschouwing over het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap van rechtswege', *NJB* 2013/2138.

Pleegzorg Nederland 2014

Pleegzorg Nederland, *Factsheet pleegzorg 2014*, www.pleegzorg.nl/over-pleegzorg/factsheet/, zoals geraadpleegd op 26 februari 2016.

Plus Magazine 2013

www.plusonline.nl/special-artikelen/opa-en-oma-zijn-in-crisistijd-onmisbaar, zoals geraadpleegd op 3 juni 2016.

Pluym 2015

L. Pluym, 'Draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands recht', F&R mei 2015, doi: 10.5553/FenR/.000019.

Purdy 1990

L. Purdy, 'Are pregnant women fetal containers?', *Bioethics* 1990/4, nr. 4, p. 273-291.

Van der Put e.a. 2016

C.E. van der Put e.a., 'Detection of unsafety in families with parental and/or child developmental problems at the start of family support', *Biomedical Center Psychiatry* 2016/16, afl. 1, p. 1-13, doi: 10.1186/s12888-016-0715-y.

Qvortrup 1992

J. Qvortrup, 'Children at risk or childhood at risk-a-plea for a politics of childhood', in: P. Heiliö, E. Lauronen & M. Bardy (red.), *Politics of childhood and children at risk. Provision, protection, participation*, Vienna: European Centre for Social Welfare Policy and Research 1992, p. 19-30.

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2007

RVZ, *Uitstel van ouderschap: medisch of maatschappelijk probleem?, Signalement uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de minister van Jeugd en Gezin en aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*, Den Haag 2007.

Raad voor het Jeugdbeleid 1992

Raad voor het Jeugdbeleid, *De naam van de ooeivaar. Een advies over de registratie van donorgegevens bij kunstmatige inseminatie*, Amsterdam 1992.

Van Raak-Kuiper 2007

J.A.E. van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Radcliffe Richards 2010

J. Radcliffe Richards, 'Consent with Inducements: the Case of Body Parts and Services', in: F. Miller & A. Wertheimer (red.), *The ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford: UP 2010.

Regioplan 2015

Regioplan, *Pleegouders over gezag en adoptie*, Amsterdam: Regioplan 2015 (publicatienummer Regioplan: 15044).

Reuß 2015

P.M. Reuß, 'Gestaltung des europäischen abstammungsrechtlichen Kaleidoskops – Einige Überlegungen zur Anerkennung der niederländischen Duo-Mutterschaft in Deutschland', in: K. Hilbig-Lugani e.a. (red.), *Zwischenbilanz, Festschrift Dagmar Coester-Waltjen*, Giesecking 2015, p. 681-696.

Rijken & Liefbroer 2011

A. Rijken & A. Liefbroer, 'Opvattingen over gezinsvorming', in: F. Bucx (red.), *Gezinsrapport 2011, een portret van het gezinsleven in Nederland*, Den Haag: SCP 2011.

Van Rijn-van Gelderen, Bos & Gartrell 2015

L. van Rijn-van Gelderen, H.M.W. Bos & N.K. Gartrell, 'Dutch adolescents from lesbian-parent families: How do they compare to peers with heterosexual parents and what is the impact of homophobic stigmatization?', *Journal of Adolescence* 2015/40, p. 65-73, doi: 10.1016/j.adolescence.2015.01.005.

Robertson 1994

J.A. Robertson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton: PUP 1994.

Rokas 2013

K.A. Rokas, 'Greece', in: K. Trimmings & P. Beaumont (red.), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

RSJ 2015

Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid*, 15 juni 2015.

De Ruiter 1993

J. de Ruiter, *Manipuleren met leven, Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Scherpe 2016

J.M. Scherpe, *The present and future of European family law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016.

Schmidt 1996

G.E. Schmidt, *Sterke en zwakke adopties. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1996.

Schrama 2015

W.M. Schrama, 'Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak', *FJR* 2015/43, p. 176-181.

Shelton e.a. 2009

K.H. Shelton e.a., 'Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies', *International Journal of Behavioral Development* 2009, 33/5, p. 385-392, doi: 10.1177/0165025409338444.

Shenfield e.a. 2010

F. Shenfield e.a., 'Cross border reproductive care in six European countries', in: *Human Reproduction* 2010, afl. 6, p. 1361-1368.

Sikorska, Kruger & Swennen 2015

K. Sikorska, T. Kruger & F. Swennen, *Meerouderschap en meeroudergezag*, Antwerpen: Onderzoeksgroep Persoon & Vermogen, Universiteit Antwerpen 2015.

Singer 1998

E. Singer, 'De bestaans(on)zekerheid van pleegkinderen', in: A.M. Weterings (red.), *Pleegzorg in balans*, Leuven/Apeldoorn: Garant 1998, p. 49-60.

Smeenck 2015

J. Smeenck, *Landelijke IVF-cijfers 1996-2014*, NVOG 2015, raadpleegbaar via www.nvog.nl.

Spruijt 2011

E. Spruijt, 'Forumbijdrage', *Pedagogiek* 2011, 3, p. 230-233.

Spruijt 2013

E. Spruijt, 'Kind en (v)echtscheiding; op weg naar verbeterpunten', *FJR* 2013/86, p. 266-269.

Steenhof 2007

L. Steenhof, 'Schatting van het aantal stiefgezinnen', in: *Bevolkingstrends 4e kwartaal 2007*, CBS 2007.

Steinbock 2008

B. Steinbock, 'Designer Babies. Choosing our children's genes', *Lancet* 2008/11, p. 1293-1295.

Stichting Alexander 2015

T. Pehlivan & M. Wiersma, *Wie zijn jouw ouders? Perspectieven van kinderen en jongeren op ouderschap. Eindrapport Stichting Alexander*, Amsterdam: Stichting Alexander 2015.

Strikwerda 2015

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Strikwerda 2016

L. Strikwerda, 'In het buitenland tot stand gekomen afstammingsrechtelijke betrekkingen', in: *Actuele ontwikkelingen in het familierecht, UCERF Reeks 10*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 43-52.

Swennen & Croce 2015

F. Swennen & M. Croce, 'The symbolic power of legal kinship terminology: an analysis of 'co-motherhood' and 'duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands', *Social and Legal Studies*, 9 september 2015, doi: 10.1177/0964663915598664.

Van Teeffelen 2007

P.A.J.Th van Teeffelen, 'Vertrouwelijk of geheim kinderverhoor?', *EB* 2007/41.

Tobin 2006

J. Tobin, 'Beyond the Supermarket Shelf: Using a Rights Based Approach to Address Children's Health Needs', *International Journal of Children's Rights* 2006, Vol. 14 (3), p. 275-306.

Tobin 2013

J. Tobin, 'Justifying Children's Rights', *International Journal of Children's Rights* 2013, Vol. 21 (3), p. 395-441.

Tobin 2014

J. Tobin, 'To prohibit or permit: What is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?', *International and Comparative Law Quarterly* 2014/63.

Trimming & Beaumont 2013

K. Trimmings & P. Beaumont (red.), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Van der Valk e.a. 2005

I. van der Valk e.a., 'Family structure and problem behavior of adolescents and young adults: A growth-curve study', *Journal of Youth and Adolescence* 2005, 34 (6), p. 533-546.

Veerman 2007

G.J. Veerman, *Over wetgeving, principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu 2007.

Velleman 2005

J.D. Velleman, 'Family History', *Philosophical Papers* 2005/34, nr. 3, p. 357-378.

Vlas 2015

P. Vlas, *IPR en BW, Monografieën BW, deel A27*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Vlemminx & Meuwese 2013

F.M.C. Vlemminx & A.C.M. Meuwese, 'Artikel 94 – Verdrag boven wet', editie april 2013, in: *Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, www.nederlandrechtsstaat.nl, zoals geraadpleegd op 29 juni 2016.

Vonk 2015

M.J. Vonk, *Rapport naar aanleiding van vragen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over het meerouderschap in British Columbia, Canada*, Leiden: Universiteit Leiden 2015 (afdeling jeugdrecht).

Ten Voorde 2015

J.M. ten Voorde, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2014, art. 151b, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2015)

De Vries & Van Tricht 1903

A.D.W. de Vries & F.J.G. van Tricht, *Geschiedenis der wet op de ouderlijke macht en de voogdij*, deel I, Groningen: Wolters 1903.

Waaldijk 1996

C. Waaldijk, 'Van volle adoptie naar eenvoudige aanneming van juridisch ouderschap', *FJR* 1996, afl. 5, p. 98-102.

Warshak 2014

R.A. Warshak, 'Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report', *Psychology, Public Policy, and Law* 2014/20, afl. 1, p. 46-67.

Watson 2007

J.L. Watson, 'Growing a baby for sale or merely renting a womb: should surrogate mothers be compensated for their services?', *Whittier Journal of Child and Family Advocacy* 2006-2007/529.

Wells-Greco 2016

M. Wells-Greco, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements, the past, the present, the future*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016.

De Wert 1999

G.M.W.R. de Wert, *Met het oog op de toekomst. Voortplantingstechnologie, erfelijkheidsonderzoek en ethiek* (diss. Rotterdam), Amsterdam: Thela Thesis 1999.

Westphall 2015

S.K. Westphall, *Are the kids alright? Essays on postdivorce residence arrangements and children's well-being* (diss. Utrecht), ICS 2015.

Westphall, Poortman & Van der Lippe 2015

S.K. Westphall, A.R. Poortman & T. van der Lippe, 'What About the Grandparents? Children's Postdivorce Residence Arrangements and Contact With Grandparents', *Journal of Marriage and Family* 2015, 77 (2), p. 424-440.

Wilkinson 2013

S. Wilkinson, 'Is the HFAE's policy on compensating egg donors and egg sharer defensible?', *Medical Law Review* 2013/21, p. 173-212.

De Winter e.a. 2012

H.B. de Winter e.a., *Evaluatie Embryowet en Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting*, Den Haag: ZonMw, september 2012.

Wobma & Van Huis 2011

E. Wobma en M. van Huis, *Een op de zes vaders is 40-plusser bij de geboorte van zijn kind*, CBS Webmagazine, maandag 26 september 2011 (online publiek).

Wortmann 1998

S.F.M Wortmann, *Als een eigen kind* (oratie Groningen), 1998.

Wou e.a. 2015

K. Wou e.a., 'Cell-free DNA versus intact fetal cells for prenatal genetic diagnostics: what does the future hold?', *Expert Review of Molecular Diagnostics* 2015/15, p. 989-998, doi: 10.1586/14737159.2015.1051529.

Van Zeven z.j.

C.J. van Zeven, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: NV Uitgeversmaatschappij Æ.E. Kluwer, z.j.

Van Zeven 1969

C.J. van Zeven, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: NV Uitgeversmaatschappij Æ.E. Kluwer 1969.

Ziemele 2007

I. Ziemele, 'Article 7: The Right of Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents', in: A. Alen e.a. (red.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2007.



Bijlage VI REGELING INSTELLING STAATSCOMMISSIE HERIJKING OUDERSCHAP

Regeling van 28 april 2014, nr. 512296, houdende instelling van een staatscommissie Herijking ouderschap¹

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Minister voor Wonen en Rijksdienst,

Handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad;

Gelet op artikel 6, eerste lid, van de Kaderwet adviescolleges;

Besluiten:

ARTIKEL 1

Er is een staatscommissie Herijking ouderschap, hierna te noemen: de staatscommissie.

ARTIKEL 2

De staatscommissie heeft tot taak de regering te adviseren over de wenselijkheid van wijziging van het Burgerlijk Wetboek en aanverwante wetten in verband met de hierna volgende onderwerpen:

- a. het ontstaan van juridisch ouderschap, zoals vormgegeven in het huidige afstammingsrecht;
- b. meerouderschap en meeroudergezag;
- c. draagmoederschap.

ARTIKEL 3

De staatscommissie bestaat uit ten minste zes leden en ten hoogste tien leden.

ARTIKEL 4

1. De staatscommissie brengt haar advies uit aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie vóór 1 januari 2017.
2. Na het uitbrengen van het advies is de staatscommissie opgeheven.

ARTIKEL 5

De archiefbescheiden worden na de opheffing van de staatscommissie of, indien de omstandigheden daartoe eerder aanleiding geven, zoveel eerder, overgedragen aan het archief van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

ARTIKEL 6

Deze regeling treedt in werking met ingang van de dag na plaatsing in de Staatscourant en vervalt met ingang van 1 januari 2017.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie is belast met de uitvoering van deze regeling die met de toelichting in de Staatscourant wordt geplaatst.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

F. Teeven

De Minister voor Wonen en Rijksdienst,

S.A. Blok

TOELICHTING

Tijdens de behandeling van wetsvoorstel 33 032 (lesbisch ouderschap) in de Eerste Kamer op 12 november 2013 is door de fractie van de SP een motie ingediend die verzoekt om het instellen van een staatscommissie 'familierecht' (*Kamerstukken I* 2013/14, 33 032/33 514 (R1998), G). De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft hierop de instelling van een staatscommissie toegezegd.

Technologische en maatschappelijke ontwikkelingen leiden tot nieuwe mogelijkheden en inzichten en veranderende gezinssamenstellingen. Deze ontwikkelingen leiden ook tot nieuwe vragen omtrent de rol van ouders, de band tussen ouder en kind en de wijze waarop individuen zich ontplooien. De in de Grondwet en relevante internationale verdragen neergelegde grondrechten vormen het referentiekader bij het ontwikkelen van een visie door de staatscommissie. In het bijzonder dient het belang van het kind daarbij een eerste overweging te vormen, zoals is bepaald in art. 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind.

De staatscommissie herijking ouderschap wordt in dit verband gevraagd een aantal terugkerende vraagstukken te bezien. Deze betreffen in de eerste plaats de grondslagen van het ontstaan van juridisch ouderschap, zoals vormgeven in het huidige Nederlandse afstammingsrecht. Juridisch ouderschap ontstaat in Nederland van rechtswege, door erkenning, door gerechtelijke vaststelling ouderschap of door (binnenlandse) adoptie. Deze verschillende vormen zullen door de staatscommissie nader worden bezien en daarbij zal tevens de praktische toepassing in beschouwing genomen worden. In de tweede plaats wordt de staatscommissie gevraagd zich uit te laten over de wenselijkheid van het invoeren van de mogelijkheid dat meer dan twee personen het gezag over een kind kunnen uitoefenen, waarbij primair de vraag aan de orde dient te komen hoe het huidige wettelijke uitgangspunt dat gezag door ten hoogste twee personen kan worden uitgeoefend, wordt beoordeeld. Ook het hiermee samenhangend wettelijk uitgangspunt dat een kind niet meer dan twee juridische ouders kan hebben, zal bij de overwegingen van de staatscommissie dienen te worden betrokken, waarbij tevens de vraag aan de orde komt in welke behoefte het ouderschap en/of gezag van meer dan twee personen zou voorzien en wat er dient te gebeuren in geval van conflicten tussen de verschillende juridische ouders en/of gezagsdragers, al dan niet in geval van scheiding of uiteengaan. Het huidige wettelijke uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap zal hierbij eveneens dienen te worden betrokken. Het derde onderwerp waarover de staatscommissie

advies zal uitbrengen, is draagmoederschap, waarbij de centrale vraag is of de toename van (internationale) draagmoederschapsconstructies tot een andere wettelijke regeling noopt. Een andere belangrijke vraag in dit verband is met betrekking tot welke personen het kind recht heeft op afstammingskennis. Op grond van vaste jurisprudentie heeft een kind dit recht waar het gaat om biologisch/genetische ouders, maar in geval van draagmoederschap kan de vraag rijzen of dit recht ook betreft de identiteit van de vrouw uit wie het kind is geboren, maar met wie het geen genetische verwantschap heeft. Bij dit onderwerp is met het oog op de openbare orde, die in geding kan komen bij de erkenning van een in het buitenland opgemaakte geboorteakte, waarop de vrouw uit wie het kind is geboren, niet staat vermeld, voorts van belang dat de staatscommissie ingaat op het Nederlandse uitgangspunt dat de vrouw die het kind baart, altijd de juridische ouder van het kind is.

Juridische vragen hangen samen met maatschappelijke vragen. Als in kaart is gebracht hoe nieuwe ontwikkelingen maatschappelijk worden gewaardeerd, kan tot een afgewogen oordeel worden gekomen over bestaande juridische regelingen en kunnen eventueel concrete voorstellen worden gedaan voor de inrichting van nieuwe regelgeving. De staatscommissie zal daarom een brede samenstelling hebben. De staatscommissie zal worden ondersteund door een secretariaat.

Te verwachten valt dat de staatscommissie twee jaar nodig zal hebben om tot een gedragen advies te komen. De staatscommissie wordt daarom gevraagd vóór 1 mei 2016 rapport uit te brengen.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

F. Teeven

De Minister voor Wonen en Rijksdienst,

S.A. Blok



Bijlage VII SAMENSTELLING STAATSCOMMISSIE HERIJKING OUDERSCHAP

SAMENSTELLING STAATSCOMMISSIE HERIJKING OUDERSCHAP:¹

Mr. A. Wolfsen, voorzitter

Prof. dr. I.D. de Beaufort, hoogleraar gezondheidsethiek aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

Prof. dr. D.D.M. Braat, hoogleraar Obstetrie & Gynaecologie, alsmede Voortplantingsgeneeskunde aan de Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. W.J. Eusman, advocaat te Amsterdam

Prof. dr. J. Hermanns, emeritus hoogleraar pedagogiek aan de Universiteit van Amsterdam, thans adviseur jeugdbeleid in H&S Consult

Mr. dr. F. Ibili, gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden

Mr. M.J.C. Koens, senior raadsheer in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Prof. mr. T. Liefwaard, hoogleraar Kinderrechten aan de Universiteit Leiden

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen

Dr. A. Poortman, universitair hoofddocent Sociologie aan de Universiteit Utrecht

DE STAATSCOMMISSIE IS BIJGESTAAN DOOR:²

Mr. dr. E.C.C. Punselie (secretaris)

Mr. J. van der Hoeven (adjunct-secretaris)

Mr. drs. J. Kok (secretaris van 1 mei 2014 tot 14 februari 2015)

Mr. M. Jongeneel-van Amerongen (secretaris van 14 februari 2015 tot 15 september 2015)



Bijlage VIII AANVULLEND VERZOEK AAN DE STAATSCOMMISSIE

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE EN VAN ONDERWIJS, CULTUUR EN WETENSCHAP¹

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 september 2015

Op 18 juni 2015 vond een Algemeen Overleg plaats over seksregistratie door de Overheid (Kamerstuk 27 859, nr. 80), naar aanleiding van het «Onderzoek M/V en verder, seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders» (Kamerstuk 27 859, nr. 76). In dit overleg bespraken wij de wenselijkheid van een kabinetsbrede aanpak van dit onderwerp. Zoals toen toegezegd, zenden wij u hierbij de opzet van die aanpak om u in de gelegenheid te stellen hierop te reageren.

Centrale vragen

Interdepartementaal zullen de volgende vragen aan de orde komen.

1. Is het mogelijk onderscheid te maken tussen enerzijds registratie en het beschikbaar hebben van het gegeven over het geslacht voor beleid en uitvoering, en anderzijds het gebruik maken van dit gegeven op pasjes en formulieren? Dit laatste is waar mensen in het dagelijks leven last van hebben. Als dit onderscheid gemaakt kan worden, wordt gezien hoe dit kan worden geïmplementeerd en uitgedragen binnen en buiten de overheid.
2. In hoeverre is het geslacht belangrijk voor de identificatie van personen, en in hoeverre is registratie van geslacht belangrijk voor beleid en uitvoering? Is het nodig dat dit gegeven wordt vermeld op toegangspasjes, OV-pasjes, lidmaatschapspasjes, en vele formulieren?
3. Hoe zou binnen bestaande wetgeving en bestaande internationale afspraken gekomen kunnen worden tot vermindering van het aantal malen dat naar het geslacht wordt gevraagd of dit op documenten wordt vermeld?

Het gaat voornamelijk om formulieren van overheidsorganisaties waarin verlangd wordt het geslacht in te vullen, bijvoorbeeld als het gaat om

toegang tot diensten, verzoeken via internetwebsites en aanvraag van voorzieningen. Ervaringen die reeds worden opgedaan in de praktijk, bijvoorbeeld in gemeenten, worden hierbij betrokken.

Zolang deze vragen niet zijn beantwoord, zal het argument dat het geslachtsgegeven nodig is voor het uitvoeren van beleid en voor de identificatie van personen, gehanteerd blijven worden, en zal men dit gegeven willen registreren en in de praktijk gebruiken.

Daarnaast zal aan de orde komen of er situaties zijn waarin sekserregistratie kan worden afgeschaft, en of – in die situaties waarin het wenselijk is dat naar geslacht wordt gevraagd – het opgeven van het geslacht een vrije keuze kan zijn, dan wel een verplichting en of hierbij een derde optie haalbaar is naast M/V. Ons voornemen is uw Kamer voor de zomer van 2016 te informeren over de resultaten.

Casus studie

Naast voorgaande kabinetsbrede aanpak zullen wij een casusstudie laten verrichten op basis van enkele situaties in de praktijk. Dit houdt in dat mensen die grote hindernissen ervaren met de tweedeling M/V, bijvoorbeeld bij het afnemen van diensten bij bedrijven of instellingen, samen met het desbetreffende bedrijf of de instelling een casus uitzoeken en die analyseren, en bekijken hoe blijvend veranderingen bereikt kunnen worden. Dit geeft betrokkenen inzicht in de problematiek en bevordert dat er voorstellen komen voor praktische oplossingen van knelpunten in het dagelijks leven. Een dergelijk voorbeeld kan tot navolging uitnodigen. De belanghebbenden en instellingen en bedrijven kunnen hierbij gebaat zijn en concrete handvatten vinden voor een alternatief van het gebruik van sekse.

De uitvoering van de casusstudie zal in overleg met de organisaties van betrokkenen (Transgender Netwerk Nederland, Nederlands Netwerk Intersekse/DSD, Transgender Europe en het COC) plaatsvinden. Naar verwachting kan dit najaar gestart worden met deze casusstudie en kan deze begin volgend jaar worden afgerond.

Staatscommissie herijking ouderschap

Tot slot kunnen wij u berichten dat aan de Staatscommissie herijking ouderschap is gevraagd te onderzoeken in hoeverre het mogelijk en

wenselijk is om in de wetgeving over het ouderschap af te zien van vermelding van het geslacht en of het mogelijk is dit te onderzoeken en daarover te adviseren binnen de termijn waarbinnen de Staatscommissie haar advies uitbrengt, namelijk voor 1 mei 2016.

De Staatscommissie heeft laten weten hiertoe binnen de taak die haar is gegeven bereid te zijn. Die taak houdt in de regering te adviseren over juridisch ouderschap, meerouderschap en meeroudergezag en over draagmoederschap (Stcrt. 6 mei 2014, nr. 12556). Zoals destijds met uw Kamer besproken, was de aanleiding om de Staatscommissie in te stellen dat verschillende ontwikkelingen leiden tot nieuwe mogelijkheden en inzichten met betrekking tot ouderschap en tot veranderende gezins-samenstellingen (Kamerstuk 33836, nr. 2).

Wij hopen u met het voorgaande naar tevredenheid te hebben geïnformeerd,

De Minister van Veiligheid en Justitie,

G.A. van der Steur

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,

M. Bussemaker



Bijlage IX NOTITIE ONTSTAAN
JURIDISCH OUDERSCHAP
EN GEZAMENLIJK
OUDERLIJK GEZAG OVER
BUITEN HUWELIJK/
GEREGISTREERD
PARTNERSCHAP GEBOREN
KINDEREN

De Staatscommissie heeft het in onderstaande notitie neergelegde voorstel overwogen, doch ervan afgezien hiertoe te adviseren om de in Hoofdstuk 11, Visie en advies Staatscommissie (par. 11.2.3.3), aangegeven redenen.

INLEIDING

In ons afstammingsrecht geldt vanaf de Wet van 10 juli 1947, *Stb.* 1947, H 232, dat ieder kind vanaf de geboorte automatisch de geboortemoeder als juridische moeder/ouder heeft. Alle kinderen worden derhalve in dit opzicht gelijk behandeld. Het afstammingsrecht gaat in het geval van binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen uit van het belang van een kind om bij de geboorte van rechtswege twee juridische ouders (de geboortemoeder en haar echtgeno(o)te/geregistreerd partner) te hebben. De wet gaat daarbij uit van de presumptie dat de echtgenoot/geregistreerde partner de genetische ouder is dan wel dat sprake is van een instemmende echtgenoot/partner die samen met de geboortemoeder de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind wil dragen. Primair heeft de Staatscommissie als grondslag van het juridisch ouderschap aangegeven de (veronderstelde) verantwoordelijkheid voor het ontstaan van het kind en secundair als grondslag de verantwoordelijkheid, zoals die voortvloeit uit een verwekkingsdaad of de gebleken intentie op het ontstaan van het kind, dan wel het ontstaan van de juridische ouderschapsband. Die ouderlijke verantwoordelijkheid betreft met name de verzorging en opvoeding van het minderjarig kind. De wet geeft immers kinderen bij de geboorte tijdens huwelijk of geregistreerd partnerschap niet alleen twee juridische ouders, maar kent ook automatisch bij de geboorte van het kind aan twee ouders het recht en de plicht toe hun minderjarig kind te verzorgen en op te voeden door hun beiden automatisch het ouderlijk gezag toe te kennen (artikel 1:251 lid 1 of artikel 1:253aa lid 1 in verbinding met artikel 1:247 BW).

Vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw zijn diverse verbeteringen aangebracht in die rechtspositie van buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen, maar in het geval van buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen bestaat nog steeds niet, zoals bij tijdens huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen, de mogelijkheid van het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk juridisch

ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag. Jaarlijks worden van de circa 176.000 geboren kinderen circa 75.000 kinderen buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren (cijfers CBS over het jaar 2012). Het gaat dus om een groot aantal kinderen dat niet bij de geboorte al van rechtswege twee juridische ouders met gezamenlijk ouderlijk gezag kan krijgen. Weliswaar wordt het overgrote deel (90%) al tijdens het eerste jaar na de geboorte erkend (90%) en later nog eens 3%, maar dit neemt niet weg dat deze kinderen niet al tijdens de geboorte twee juridische ouders met gezamenlijk ouderlijk gezag hebben en dat uiteindelijk 7% van deze buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen (ofwel 5.200 kinderen) niet twee juridische ouders hebben. Uit de CBS-cijfers over het jaar 2014 blijkt dat van 52% van de eerstgeborenen de ouders niet met elkaar zijn gehuwd.

Kinderen dienen ook afstammingsrechtelijk in gelijke gevallen zo veel mogelijk gelijk te worden behandeld. De situatie van buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen lijkt zeker in de gevallen waarin de geboortemoeder en haar partner samenwonen tijdens de geboorte van het kind, erg op de situatie van kinderen die binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap zijn geboren. Een belangrijk verschil is echter dat voor de ongehuwde en ongeregistreerde partner van de geboortemoeder niet, zoals bij huwelijk/geregistreerd partnerschap, een juridische verplichting bestaat om het kind gezamenlijk te verzorgen en op te voeden. Ingeval de geboortemoeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner verklaren die verplichting wel gezamenlijk op zich te nemen, ontstaat een situatie die feitelijk en juridisch op één lijn kan worden gesteld met de situatie van een huwelijk/geregistreerd partnerschap. Voor die situatie zou dan het buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kind er ook recht op mogen hebben dat bij diens geboorte van rechtswege gezamenlijk juridisch ouderschap van de geboortemoeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner kan ontstaan met gezamenlijk ouderlijk gezag. Het gaat er dus niet om in alle gevallen van buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen van rechtswege juridisch ouderschap voor een tweede ouder te laten ontstaan. In situaties van buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen kan ook sprake zijn van juridisch ouderschap van de geboortemoeder zonder een andere juridische ouder. Uitsluitend als de geboortemoeder en die ander gezamenlijk vóór of bij de geboorte van het kind opteren voor het gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamen-

lijk ouderlijk gezag, ontstaat dit dan net als bij binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen van rechtswege.

1. **VAN RECHTSWEGE GEZAMENLIJK JURIDISCH OUDERSCHAP EN GEZAMENLIJK OUDERLIJK GEZAG**

De vraag is hoe kan worden bereikt dat buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen in situaties die op één lijn kunnen worden gesteld met binnen huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen, automatisch al bij hun geboorte ook twee juridische ouders met gezamenlijk ouderlijk gezag kunnen hebben. Hieronder wordt een voorstel daartoe uitgewerkt.

1.1 **SAMENVATTING VAN HET VOORSTEL**

In het huidige recht krijgen buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen bij hun geboorte alleen twee juridische ouders als zij zijn erkend. Van dit uitgangspunt wordt ook hier uitgegaan, zij het dan dat dit conform dit rapport voortaan wordt genoemd 'aanvaarding van het ouderschap'. Ouder van het kind wordt dan de man of vrouw die het ouderschap heeft aanvaard (vergelijk huidig artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder c en huidig artikel 1:199 aanhef en onder c BW). De aanvaarding van het ouderschap geschiedt door overlegging aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van een ouderschapsverklaring uiterlijk drie maanden na de aangifte van de geboorte van het kind en werkt terug tot het tijdstip van de geboorte. Indien bij de aangifte van de geboorte van het kind geen ouderschapsverklaring is overgelegd, stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand, ingeval de moeder en één meerderjarige op een gemeenschappelijk woonadres (in de zin van artikel 1.1 aanhef en onder o Wet basisregistratie personen) staan ingeschreven, hen schriftelijk in de gelegenheid die ouderschapsverklaring uiterlijk binnen drie maanden na de aangifte alsnog over te leggen. Ingeval de juridische ouders in die ouderschapsverklaring tevens aangeven het gezamenlijk ouderlijk gezag te wensen, ontstaat dit van rechtswege. Artikel 1:252 lid 1 BW komt dan vervolgens te luiden: '1. De ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, oefenen het gezag gezamenlijk uit indien zij uiterlijk drie maanden na de aangifte van de geboorte van het kind een daartoe strekkende ouderschapsverklaring aan de ambtenaar van de burgerlijke stand hebben overgelegd.'

1.2 OUDERSCHAPSVERKLARING: TOELICHTING

1.2.1 Ongehuwde en ongeregistreerde partners die op hetzelfde woonadres zijn ingeschreven

Een verbetering van de rechtspositie van het buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kind zou kunnen worden bereikt door niet alleen van de geboortemoeder, maar ook van de partner met wie zij ongehuwd en ongeregistreerd samenwoont, bij de geboorte van het kind van rechtswege het juridisch ouderschap en het gezamenlijk ouderlijk gezag te laten verkrijgen. Belangrijk daarbij is dat in geval van huwelijk en geregistreerd partnerschap de echtgenoten/geregistreerde partners jegens elkaar al wettelijk verplicht zijn hun minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen (artikel 1:82 BW).¹ Een dergelijke wettelijke verplichting is er niet voor ongehuwde en ongeregistreerde partners. Uit het enkele feit dat ongehuwde en ongeregistreerde partners ten tijde van de geboorte van het kind op een zelfde woonadres staan geregistreerd, kan dan ook niet zonder meer worden afgeleid dat zij als gezamenlijke juridische ouders van het kind met gezamenlijk ouderlijk gezag kunnen worden aangemerkt. Dit nog afgezien van praktische belemmeringen die samenhangen met de inschrijving op één woonadres. Te denken valt aan de situatie waarin op het woonadres van de geboortemoeder een persoon staat ingeschreven die niets met het ontstaan van het kind heeft te maken en/of zelf niet wenst te worden aangemerkt als juridische ouder of die de geboortemoeder niet wenst aan te merken als juridische ouder dan wel die niet als juridische ouder dient te worden aangemerkt of kan worden aangemerkt, zoals bijvoorbeeld de grootvader van het kind in de situatie waarin de geboortemoeder op hetzelfde woonadres staat ingeschreven samen met alleen haar vader. Daarnaast is het ook niet eenvoudig om, als kort vóór de geboorte de samenwoning wordt verbroken en de ongehuwde en ongeregistreerde partner de woning heeft verlaten, zonder diens medewerking wijziging te brengen in de BRP-inschrijving. Dit kan dan diverse maanden duren en in een aantal gevallen zal dit niet vóór de geboorte van het kind zijn gewijzigd.

1 Sedert de Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001, is 'hun minderjarige kinderen' vervangen door 'tot het gezin behorende minderjarige kinderen' om buiten twijfel te stellen dat die verplichting ook geldt voor tot het gezin behorende minderjarige stiefkinderen en pleegkinderen.

Ongehuwde en ongeregistreerde partners zouden zo'n verplichting wél jegens elkaar kunnen aangaan door vóór, tijdens of kort na de aangifte van de geboorte van hun kind schriftelijk te verklaren dat zij gezamenlijk juridisch ouderschap met gezamenlijk ouderlijk gezag over hun kind wensen. Een dergelijke verklaring kan dan op één lijn worden gesteld met de verplichtingen die echtgenoten en geregistreerde partners jegens elkaar volgens de wet aangaan voor wat betreft de verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen (artikel 1:82 BW).

Zo'n schriftelijke verklaring is eigenlijk een intentieverklaring van de (aanstaande) moeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner dat zij samen de juridische ouders van het kind willen zijn en dat zij zich jegens elkaar verplichten om samen het kind te verzorgen en op te voeden en daartoe gezamenlijk gezag over het kind willen uitoefenen.

Voor het verkrijgen van een gelijke positie in het afstammingsrecht van binnen en buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen is derhalve een vereiste dat vóór, bij of kort na de geboorte van het kind komt vast te staan dat de moeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner in aanmerking willen komen voor gezamenlijk juridisch ouderschap al dan niet met gezamenlijk ouderlijk gezag. Net als in geval van een huwelijk/geregistreerd partnerschap kan worden verondersteld dat in geval van een gemeenschappelijk woonadres de ongehuwde en ongeregistreerde partner van de moeder de verwekker van het kind dan wel de instemmende levensgezel van de moeder zal zijn. De moeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner dienen dan een daartoe strekkende gezamenlijke verklaring vóór, bij of kort na de aangifte van de geboorte over te leggen. In de wet kan worden opgenomen dat de ongehuwde en ongeregistreerde partner van de moeder van rechtswege (juridisch) ouder van het kind is indien uiterlijk binnen drie maanden na de aangifte van de geboorte van het kind een door hen beiden ondertekende ouderschapsverklaring – inhoudende dat de ongehuwde en ongeregistreerde partner van de moeder moet worden aangemerkt als de juridische ouder van het kind – is overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. In de wet kan dan tevens worden opgenomen dat deze ouders gezamenlijk ouderlijk gezag uitoefenen als zij daarvoor in die ouderschapsverklaring hebben geopteerd. Het overleggen van een verklaring bij de aangifte van de geboorte kennen wij overigens al bij

de zogenaamde 'onbekendheidsverklaring'² en bij de 'verklaring houdende naamskeuze'.³ Er is uitdrukkelijk voor gekozen om het gezamenlijk ouderlijk gezag niet automatisch te koppelen aan het gezamenlijk juridisch ouderschap. Niet alleen duidt het woord 'gezamenlijk' erop en vereist de uitvoering ervan dat er uitdrukkelijke overeenstemming tussen de juridische ouders over de gezamenlijke gezagsuitoefening bestaat, maar ook zou zo'n automatische koppeling ertoe kunnen leiden dat de geboortemoeder die wél instemt met gezamenlijk juridisch ouderschap, maar niet met gezamenlijk ouderlijk gezag, in de ouderschapsverklaring om die reden ook niet opteert voor het gezamenlijk juridisch ouderschap, waardoor het kind niet van rechtswege twee juridische ouders bij de geboorte zou krijgen. Ook de ongehuwde en ongeregistreerde partner van de moeder zou wél kunnen kiezen voor het juridisch ouderschap, maar wellicht niet het gezamenlijk ouderlijk gezag willen uitoefenen en bij een automatische koppeling van gezag aan juridisch ouderschap daardoor ook niet willen opteren voor het juridisch ouderschap. Teneinde zoveel mogelijk te bevorderen dat ook buiten huwelijk/gereregistreerd partnerschap geboren kinderen bij hun geboorte van rechtswege twee juridische ouders met gezamenlijk ouderlijk gezag hebben, kan in het licht van artikel 8 EVRM als positieve verplichting van de staat worden gezien dat de ambtenaar van de burgerlijke stand – indien bij de aangifte van de geboorte de ouderschapsverklaring niet is overgelegd door de moeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner die ten tijde van de geboorteaangifte op een gemeenschappelijk woonadres staan ingeschreven – hen schriftelijk op de hoogte stelt van de mogelijkheid om die ouderschapsverklaring nog binnen drie maanden na de geboorteaangifte over te leggen.

1.2.2 Ongehuwde en ongeregistreerde partners zonder gemeenschappelijk woonadres

Vervolgens rijst de vraag of ook bij ongehuwd en ongeregistreerd partnerschap zonder inschrijving op een gemeenschappelijk woonadres ten aanzien van de partner van de geboortemoeder sprake zou kunnen zijn van gezamenlijk juridisch ouderschap met gezamenlijk ouderlijk gezag bij de geboorte van het kind. Daartegen is geen enkel bezwaar indien bij de aangifte van de geboorte ook zo'n ouderschapsverklaring zou worden overgelegd. Omdat er in zo'n geval geen gemeenschappelijk woonadres

2 Art. 1:198 lid 1 aanhef en onder b BW.
3 Art. 1:5 leden 2, 4 en 5 BW.

is, is er ook geen veronderstelde partner van de moeder. Een informatieplicht van de ambtenaar van de burgerlijke stand zoals die geldt bij een gemeenschappelijk woonadres, geldt hier dus niet. Ook bij deze overlegging van een ouderschapsverklaring met een keuze voor gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag geldt dan dat het gezamenlijk juridisch ouderschap en het gezamenlijk ouderlijk gezag vanaf de geboorte automatisch ontstaan. In geval van de geboorte van een kind binnen een lesbische relatie kunnen het juridisch ouderschap van de duomoeder en het gezamenlijk ouderlijk gezag op dezelfde wijze via de ouderschapsverklaring van rechtswege ontstaan.

Voor die ouderschapsverklaring kan een model door de burgerlijke stand worden ontworpen, waarin de geboortemoeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner kunnen aangeven te opteren voor gezamenlijk juridisch ouderschap met of zonder gezamenlijk ouderlijk gezag en waarin tevens een naamskeuze kan worden gedaan. In zo'n eenvoudige verklaring kunnen dus zowel het juridisch ouderschap en het ouderlijk gezag als de naamskeuze worden geregeld. In de toekomst, zodra de aangifte van de geboorte van een kind digitaal kan worden gedaan, kan ook die ingevulde en ondertekende ouderschapsverklaring digitaal ter kennis van de ambtenaar van de burgerlijke stand worden gebracht. Om uniformiteit in de praktijk te realiseren kan aan de Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit (artikel 1:29 BW) advies worden gevraagd over: (1) een folder met een toelichting op de ouderschapsverklaring, (2) een standaardformulier voor zo'n ouderschapsverklaring (juridisch ouderschap, gezamenlijk ouderlijk gezag, naamskeuze), (3) een standaardbrief die na de geboorteaangifte wordt verzonden als de moeder en de meerderjarige ongehuwde en ongeregistreerde partner op een gemeenschappelijk woonadres staan ingeschreven, en (4) de afgifte van het bewijs van juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag.

1.3 TERMIJN WAARBINNEN DE OUDERSCHAPSVERKLARING MOET WORDEN OVERGELEGD

Het kan zijn dat de geboortemoeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner de ouderschapsverklaring nog niet vóór of ten tijde van de geboorte hebben kunnen invullen, laat staan overleggen. Veel zal in dat verband ook afhangen van de voorlichting over de ouderschapsverklaring. Denkbaar is dat een folder waarin de ouderschapsverklaring

wordt toegelicht, reeds bij zwangerschapscontrole standaard aan alle zwangere vrouwen wordt uitgereikt. Ook dan valt echter niet in alle gevallen uit te sluiten dat ten tijde van de bevalling de ouderschapsverklaring nog niet is ingevuld en aan de ambtenaar van de burgerlijke stand is overgelegd. Om zoveel mogelijk verkrijging van rechtswege van gezamenlijk juridisch ouderschap met of zonder gezamenlijk ouderlijk gezag bij buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen te realiseren, is ervoor gekozen dat die ouderschapsverklaring uiterlijk binnen drie maanden na de aangifte van de geboorte nog kan worden overgelegd. Als dit het geval is en er is gekozen voor gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag, ontstaan beide rechtsfiguren van rechtswege vanaf de geboorte van het kind. De beide juridische ouders behoeven dan niet zoals nu het gezamenlijk gezag nog te laten registreren in het gezagsregister bij de griffie van de rechtbank.

Te verwachten valt dat een zeer hoog percentage buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen op deze wijze van rechtswege naast de geboortemoeder een tweede juridische ouder met gezamenlijk ouderlijk gezag zullen hebben. Uitsluitend in situaties waarin kennelijk tussen de geboortemoeder en haar ongehuwde en ongeregistreerde partner geen overeenstemming over of geen intentie tot gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag bestaat of waarin zij toch zijn vergeten om dit binnen drie maanden na de aangifte van de geboorte te regelen, krijgen buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap geboren kinderen dan toch niet twee juridische ouders met gezamenlijk ouderlijk gezag bij hun geboorte.

Een stimulerende werking van het verplicht stellen van het overleggen door met elkaar samenwonende ongehuwde en ongeregistreerde ouders van een ouderschapsverklaring vóór, bij of kort na de aangifte van het kind is ook hierin gelegen, dat het vaststellen van het gezamenlijk juridisch ouderschap in de periode daarna niet meer op deze betrekkelijk eenvoudige wijze mogelijk is, omdat dan steeds een rechterlijke toets is vereist (zie hieronder: gerechtelijke vaststelling van het ouderschap).

1.4 BEWIJS VAN JURIDISCH OUDERSCHAP EN GEZAMENLIJK OUDERLIJK GEZAG

Teneinde voor ongehuwde en ongeregistreerde ouders mogelijk te maken aan te tonen dat zij van rechtswege gezamenlijk juridisch ouder-

schap hebben verkregen en gezamenlijk ouderlijk gezag uitoefenen, kan in de wet worden opgenomen dat zij een afschrift kunnen vragen van de ouderschapsverklaring met de datum waarop deze is overgelegd.

2 VASTSTELLING OUDERSCHAP NA DE GEBOORTE VAN HET KIND VIA DE RECHTER (GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET OUDERSCHAP)

2.1 SAMENVATTING VAN HET VOORSTEL

In de wet opnemen dat gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag die niet van rechtswege tot stand zijn gekomen bij de geboorte van het kind, daarna uitsluitend nog gerechtelijk kunnen worden vastgesteld.

2.1.1 Wijziging van afstamming

Indien geen gezamenlijk juridisch ouderschap en geen gezamenlijk ouderlijk gezag via de ouderschapsverklaring zijn ontstaan, is alleen de geboortemoeder juridisch ouder en heeft ook alleen zij het ouderlijk gezag. Indien dan naast die ouder een andere juridische ouder komt, is sprake van **een wijziging** van de afstamming van het kind, dat dan in plaats van één juridische ouder twee juridische ouders krijgt. Ingeval de geboortemoeder niet instemt met dit gezamenlijk juridisch ouderschap, kan onder het huidige recht na de geboorte van het kind juridisch ouderschap van een ander dan de geboortemoeder uitsluitend ontstaan via de rechter. Voor wat betreft het ontstaan van het gezamenlijk ouderlijk gezag **na de geboorte** van het kind is het uitgangspunt van de wet eveneens dat daartoe dan een rechterlijke beslissing is vereist. De wet maakt daarop nu slechts één uitzondering, te weten de erkenning, zoals deze is geregeld in de artikelen 1:203 en 204 BW. Deze maakt mogelijk dat, als de geboortemoeder toestemming geeft voor het juridisch ouderschap van een ander, ook na de geboorte van het kind gezamenlijk juridisch ouderschap en in dat geval ook gezamenlijk ouderlijk gezag buiten de rechter om kunnen ontstaan. Die juridische ouder hoeft echter volgens de huidige wet niet de verwekker van het kind te zijn. Die ouder kan dan ook een genetische ouder zoals de donor zijn of een ouder van wie het kind niet genetisch afstamt, bijvoorbeeld de nieuwe partner van de geboortemoeder. Een relatie tussen de geboortemoeder en de erkenner is niet vereist. Met toestemming van de geboortemoeder kan bijvoorbeeld ook

een kennis van haar juridisch ouder van het kind worden. Dit kan ook als het kind inmiddels al enige jaren oud is. Op deze wijze kan het kind er na de geboorte een juridische (gezags)ouder bij krijgen zonder dat de eigen belangen van het kind worden meegewogen. Die belangen kunnen tegenstrijdig zijn aan de belangen van de geboortemoeder en die van de ander die juridisch ouder wil worden. Zo komt het in de praktijk voor dat de geboortemoeder toestemming geeft om juridisch ouder te worden enkel en alleen om te voorkomen dat de genetische vader van het kind juridisch ouder wordt. Ook komt het voor dat het kind op deze wijze een tweede juridische ouder krijgt en door de juridische ouder(s) niet wordt ingelicht over het feit dat zijn juridische ouder(s) niet zijn genetische ouder(s) is (zijn), en ook niet wordt voorgelicht over zijn ontstaansgeschiedenis.

2.1.2 Recht op afstammingsinformatie

Elk kind heeft er recht op te worden geïnformeerd over het feit dat zijn juridische ouder niet zijn genetische ouder is, en elk kind heeft recht op informatie over die genetische ouder(s). Dit recht kan worden geschonden indien de belangen van een reeds geboren kind niet worden meegewogen bij de wijziging in het juridisch ouderschap. Als het kind er immers na zijn geboorte nog een juridische ouder bij krijgt, is geen sprake van ontstaan van juridisch ouderschap zoals ten tijde van de geboorte van het kind, maar van een wijziging. Bij die wijziging via de erkenning worden de belangen van het kind niet afzonderlijk gewogen. Het kind heeft pas vanaf de leeftijd van twaalf jaar – of vanaf de leeftijd van acht jaar, zoals de Staatscommissie voorstelt – daarop zelf invloed, omdat vanaf die leeftijd de voorafgaande schriftelijke toestemming van het kind is vereist (artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder d BW). Het kind krijgt ook geen bijzondere curator, terwijl in artikel 1:212 BW is bepaald dat in alle zaken van afstamming waarin de rechter beslist, een bijzondere curator voor het kind wordt benoemd. Deze bijzondere curator treedt dan op als wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige ad hoc en hoeft als zodanig alleen de belangen van de minderjarige zelf te behartigen. Nu er geen sprake is geweest van een wettelijke presumptie van genetisch ouderschap, is het na de geboorte vereist om uit te gaan van zekerheid van de afstamming en dient het juridisch ouderschap niet langer uitsluitend afhankelijk te zijn van de toestemming van de geboortemoeder. Die toestemming was vroeger ter bescherming van de geboortemoeder wél nodig, maar die is nu door het DNA-bewijs niet langer vereist. Daarmee wordt ook voorkomen dat een niet-genetische ouder enkel en alleen door diens eigen wil

en de toestemming van de geboortemoeder juridisch ouder kan worden. Tevens wordt daardoor voorkomen dat het recht van het kind om te weten van wie het afstamt, geweld kan worden aangedaan. Dat zonder afweging van de belangen van het kind na diens geboorte, in ieder geval totdat de minderjarige twaalf jaar is, wijziging in diens afstamming kan worden gebracht, verdraagt zich evenmin met het recht van het kind dat ook zijn eigen belangen moeten worden meegenomen als wijziging in de afstamming wordt gebracht. Hetzelfde geldt ook voor het gezamenlijk ouderlijk gezag. In geen enkele andere situatie kan het gezag van het kind na diens geboorte worden gewijzigd door enkele overeenstemming van beide juridische ouders. Het verschil met het ontstaan van gezamenlijk ouderlijk gezag vóór de geboorte is dat het kind er nu daadwerkelijk is en dat ook bij het antwoord op de vraag of er gezamenlijk gezag van de beide juridische ouders zou moeten zijn, de belangen van dat kind zelf moeten kunnen worden getoetst en niet, zoals bij het ontstaan van het juridisch ouderschap, worden verondersteld.

2.1.3 Rechterlijke toetsing

Een toetsing van de belangen van het kind is alleen mogelijk via een beslissing door de rechter. Indien niet komt vast te staan dat de persoon die gerechtelijke vaststelling van het ouderschap verzoekt, ook de genetische ouder van het kind is, kan de rechter in zijn uitspraak de ontstaansgeschiedenis van het kind opnemen, zodat het kind hiervan zelf (later) ook kan kennisnemen. Ook de wijze van afstammingsvoorlichting van het kind kan hierin dan aan de orde komen. De eigen belangen van het kind worden dan behartigd door de bijzondere curator (artikel 1:212 BW). Dit past ook bij de taak van de gezagsouder om het kind zo vroeg mogelijk voor te lichten over diens afstamming. Bij de zorg en verantwoordelijkheid voor het geestelijk welzijn en de persoonlijke ontwikkeling van het kind behoort het geven van informatie over zijn afstamming (HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210, m.nt.

S.F.M. Wortmann). De voorgestelde gerechtelijke vaststelling van het ouderschap komt dan in de plaats van de huidige erkenning (artikelen 1:198 lid 1 onder c en 199 onder c BW), de vervangende toestemming bij erkenning (artikel 1:204 leden 3 en 4 BW) en de huidige gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (artikelen 1:207 e.v. BW). Gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag die niet van rechtswege zijn ontstaan door huwelijk, geregistreerd partnerschap of de ouderschapsverklaring, kunnen dan na de geboorte van het kind uitslui-

tend op één manier tot stand worden gebracht, en wel via de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap.

2.1.4 **Indiener van het verzoek**

Het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kan dan worden gedaan door:

- a. de geboortemoeder samen met de verwekker van het kind of de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking (family life) tot het kind staat. De geboortemoeder en de verwekker, die in veel gevallen ook de levensgezel van de moeder zal zijn, zijn het samen eens over het gezamenlijk juridisch ouderschap en waarschijnlijk ook over het gezamenlijk ouderlijk gezag. Zij hebben dit alleen niet kenbaar gemaakt vóór de geboorte van het kind of binnen drie maanden na de aangifte van de geboorte van het kind. Hetzelfde geldt voor de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Die donor kan ook de duomoeder zijn van wie de eicel afkomstig is. Vast moet komen te staan dat de ouder die juridisch ouder wil worden, ook de genetische vader van het kind of de donor met family life is. Die vaststelling kan geschieden via DNA-onderzoek, maar daaraan zijn kosten verbonden. Op de zitting kan dat komen vast te staan doordat zowel de moeder als de vader onder ede verklaren dat de vader de verwekker is. Immers ook partijen mogen een getuigenverklaring afleggen. In geval van donorschap geldt hetzelfde. Als vaststaat dat de vader de verwekker of donor is of dat de duomoeder de donor is, behoeft geen aandacht te worden besteed aan de ontstaansgeschiedenis en de afstammingsvoorlichting van het kind, nu de genetische afstamming geheel overeenstemt met de juridische afstamming. Ook de bijzondere curator behoeft dan hieraan geen aandacht te besteden. Ingeval het gaat om de donor, dient aan deze punten wél aandacht te worden besteed. Waarschijnlijk kan een dergelijk verzoek in de meeste gevallen door de rechter betrekkelijk snel worden toegewezen. Een vraag is nog wel of een dergelijk gemeenschappelijk verzoek wel zal worden gedaan, gelet op de kosten die dat met zich brengt. Procederen bij de rechtbank in afstammingszaken kan immers alleen met inschakeling van een advocaat. Dit geldt echter ook in andere gevallen van wijziging van de afstamming. Bovendien kan, indien de ouders dat zelf niet willen of kunnen, een bijzondere curator namens het kind zelf de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap al dan niet met geza-

menlijk ouderlijk gezag verzoeken. Afwijzing van een verzoek waarover de moeder en de verwekker of donor met family life het eens zijn, zou alleen mogelijk zijn indien het gezamenlijk juridisch ouderschap met of zonder gezamenlijk ouderlijk gezag niet in het belang van het kind is;

- b. de geboortemoeder samen met een derde die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Dit kan zijn de levensgezel van moeder – dit kan ook de duomoeder zijn – of een ander die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. In dat geval moeten de ontstaansgeschiedenis van het kind en de wijze van afstammingsvoorlichting aan de orde komen. Ook de bijzondere curator zal hieraan aandacht dienen te besteden. Uiteindelijk weegt de rechter de belangen af en komt hij tot een beslissing. Ook hier kan gelden dat zo'n gemeenschappelijk verzoek alleen wordt afgewezen als het gezamenlijk juridisch ouderschap met of zonder gezamenlijk ouderlijk gezag niet in het belang van het kind is;
- c. de verwekker van het kind. Als een gezamenlijk verzoek van de geboortemoeder en de verwekker (zie hierboven onder a) niet mogelijk is, kan deze zelf een verzoek indienen bij de rechter. Deze mogelijkheid kennen wij nu ook al in de vorm van vervangende toestemming bij erkenning (artikel 1:204 lid 3 onder a BW) en daarbij kan dan ook wat betreft het verzoek tot gezamenlijk ouderlijk gezag aansluiting worden gezocht voor wat betreft de afwijzingsgronden;
- d. de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Dit kan de zaaddonor zijn. Die mogelijkheid bestaat ook nu al in artikel 1:204 lid 3 onder b BW ingeval het gaat om een verzoek tot het verkrijgen van vervangende toestemming voor de erkenning. Dit zou echter ook de duomoeder kunnen zijn van wie de eicel afkomstig is. Die mogelijkheid kent de wet thans niet;
- e. degene die als levensgezel van de geboortemoeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Dit kan ook de duomoeder zijn. Die mogelijkheid is thans geregeld in artikel 1:204 lid 4 BW voor wat betreft vervangende toestemming voor de erkenning;

- f. de geboortemoeder en het kind zelf. Als er geen gezamenlijk juridisch ouderschap is en de moeder of het kind (via de bijzondere curator) wel wenselijk achten dat dit er komt, kan een verzoek daartoe worden ingediend bij de rechter. Dit kennen wij thans ook al en is geregeld in de artikelen 1:207 e.v. BW. Ook daarbij kan aansluiting worden gezocht.

Voor wat betreft de rechtsgronden en vereisten kan aansluiting worden gezocht bij bovengenoemde huidige wetsartikelen en hetgeen de Staatscommissie hieromtrent in dit rapport heeft voorgesteld.

SAMENVATTEND

- A. Gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag komen dan tot stand **van rechtswege** in geval van:
 - a. huwelijk;
 - b. geregistreerd partnerschap;
 - c. ouderschapsverklaring met intentie tot gezamenlijk juridisch ouderschap en gezamenlijk ouderlijk gezag.
- B. Gezamenlijk juridisch ouderschap zonder gezamenlijk ouderlijk gezag komt dan tot stand **van rechtswege** in geval van de ouderschapsverklaring met uitsluitend de intentie tot gezamenlijk juridisch ouderschap.

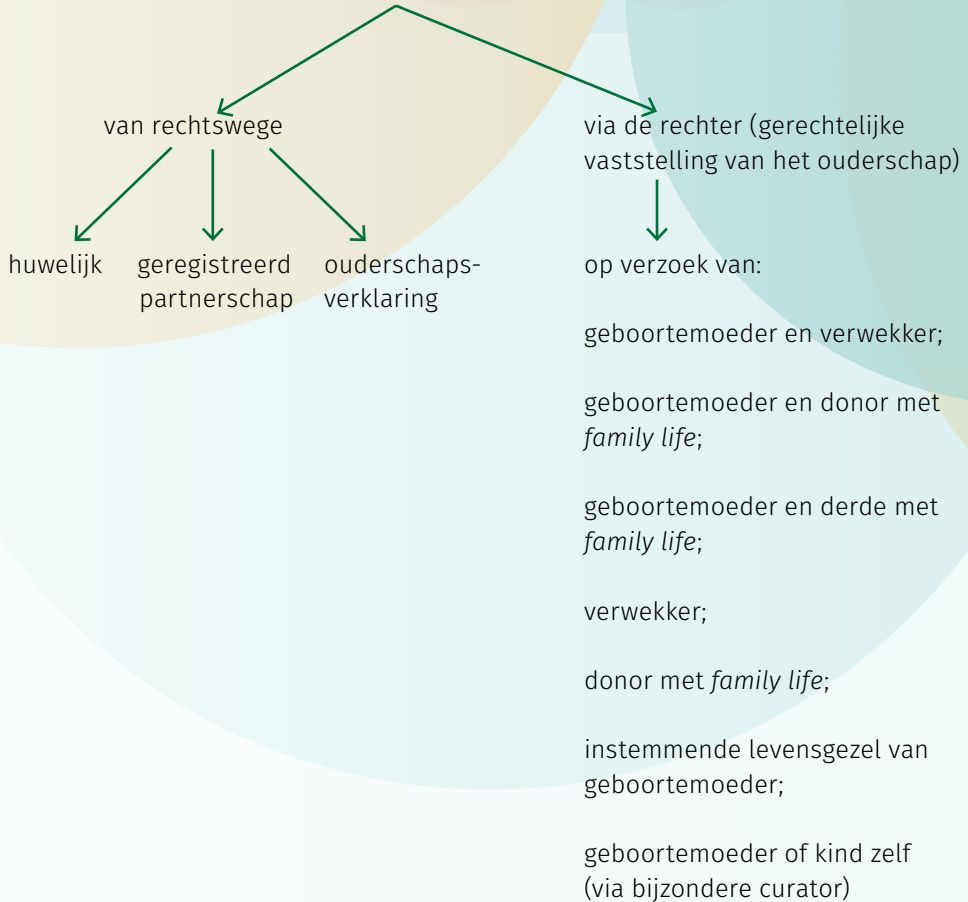
Van rechtswege ontstaan juridisch ouderschap kan worden **gewijzigd** in gezamenlijk juridisch ouderschap uitsluitend via een beslissing van de rechter: de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap.

Dit kan:

- a. op gemeenschappelijk verzoek van de geboortemoeder en de verwekker;
- b. op gemeenschappelijk verzoek van de geboortemoeder en de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat;
- c. op gemeenschappelijk verzoek van de geboortemoeder en een derde die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat;
- d. de verwekker;
- e. de donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat;
- f. de instemmende levensgezel van de geboortemoeder;
- g. de geboortemoeder of het kind zelf (via een bijzondere curator).

SCHEMATISCH

GEZAMENLIJK JURIDISCH OUDERSCHAP EN GEZAMENLIJK OUDERLIJK GEZAG



GEZAMENLIJK JURIDISCH OUDERSCHAP ZONDER GEZAMENLIJK OUDERLIJK GEZAG

↓

van rechtswege: ouderschapsverklaring zonder gezamenlijk ouderlijk gezag



